

Selbstgefährdung und Polizei

-

Die Frage nach polizeilichen Schutzbefugnissen vor dem Hintergrund des
Verfassungsrechts

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines Doktors (Dr. iur.)
des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Justus-Liebig-Universität Gießen

vorgelegt von
Christian Gerhard Schmidt
aus Berzhahn/Westerwald

Erstgutachter:	Univ.-Prof. Dr. Eifert
Zweitgutachter:	Univ.-Prof. Dr. Reimer
Dekanin:	Univ.-Prof. Dr. Britz
Tag der mündlichen Prüfung:	9. Juli 2009

Danksagung

Für meine Doktorarbeit schulde ich vielen Menschen Dank.

Zunächst möchte ich meinem Doktorvater, Herrn Univ.-Prof. Dr. Eifert, für die Betreuung der Untersuchung dank sagen. Bei ihm fand ich stets ein offenes Ohr und er hat in seiner fachlich kompetenten und menschlich angenehmen Art die Entstehung der Arbeit maßgeblich gefördert.

Herrn Univ.-Prof. Dr. Reimer danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Meiner Familie gilt der innige Dank für das in mich gesetzte Vertrauen ebenso wie für ihr immerwährendes Verständnis und die private Unterstützung auch in kritischen Phasen der Untersuchung, hierbei meinen Eltern zusätzlich für die Ermöglichung des Promotionsstudiums.

Wettenberg im Juli 2009

Gliederung

I. Abschnitt:

Einleitung und Grundfragen	Seite 1
1. Fragestellung der und Einleitung in die Untersuchung	Seite 1
2. Überblick über den Tatbestand der polizeirechtlichen Generalklausel	Seite 2
3. Individualschutz als Tatbestandsmodalität der öffentlichen Sicherheit	Seite 4
a) Begrifflichkeiten	Seite 4
b) Grundfrage des Polizeirechts vor verfassungsrechtlichem Hintergrund: Erforderlichkeit eines „öffentlichen Interesses“ beim Individualschutz in Selbst- und Fremdgefährdungs- fällen?	Seite 5
aa) Traditionelle Auffassung	Seite 5
(1) Kriterium der „individuellen Situation“	Seite 6
(2) Kriterium einer „Ausstrahlung in die Öffentlichkeit	Seite 11
(3) Zusammenfassung und Fazit	Seite 13
bb) Die neuere Auffassung: eine Konsequenz aus der Schutzpflichtdimension der Grundrechte	Seite 15
(1) Die Lehre von den grundrechtlichen Schutz- pflichten als „Herzstück staatlicher Sicherheitsgewährleistung im Überblick ...	Seite 16
(2) Der Schutz des Einzelnen im Lichte des ge- wandelten Staats- und Sicherheitsverständ- nisses der neueren Auffassung	Seite 20
(3) Konsequenzen für die polizeirechtliche Generalklausel	Seite 23
(4) Umfang der Sicherheitsgewährleistung zugunsten des Einzelnen im Rahmen der polizeirechtlichen Generalklausel	Seite 25
(5) Zusammenfassung	Seite 29
4. Bedeutung des Individualschutzes und sein Verhältnis zur Tatbe- standsmodalität des geschriebenen Rechts	Seite 30

II. Abschnitt:

Begriff der „reinen“ Selbstgefährdung und ihr Verhältnis zur Fremd- gefährdung – Schwerpunktsetzung der Untersuchung	Seite 32
1. Selbstgefährdung und Fremdgefährdung des Selbstgefährders durch andere	Seite 32
a) Der aus polizeirechtlicher Perspektive vorrangige Schutz der verfassungsmäßigen Rechtsordnung	Seite 32
b) Die Abgrenzung nach der Gefahrenverantwortlichkeit beim ordnungsrechtlichen Individualrechtsgüterschutz	Seite 36

2. Selbstgefährdung und Fremdgefährdung anderer durch den SelbstgefährderSeite 40
3. Selbstgefährdung und Fremdgefährdung des Allgemeinwohls - „reine“ Selbstgefährdung des in sozialstaatliche und gesellschaftliche Strukturen eingebundenen Individuums überhaupt möglich? .Seite 42
4. Abschlussbetrachtung – Begriff der „reinen“ SelbstgefährdungSeite 46

III. Abschnitt:

Der Schutz des Einzelnen bei der „reinen“ Selbstgefährdung – die Schutzberechtigung in der Gegenüberstellung von

- Verfassungspositionen**Seite 49
1. Eingriff in Grundrechte als AusgangspunktSeite 49
 - a) Die Allgemeine HandlungsfreiheitSeite 49
 - b) Die MenschenwürdeSeite 51
 - c) Das Recht auf Leben und körperliche UnversehrtheitSeite 51
 - d) Die Freiheit der PersonSeite 52
 - e) Tatsächliche Handlungsfreiheiten aus den GrundrechtenSeite 53
 - f) EingriffSeite 55
 - g) FazitSeite 56
 2. Rechtfertigung über die umfassende Sicherheitsaufgabe des Staates und insbesondere die Grundrechte als in diesem Sinne zu verstehende SchutzpflichtgarantenSeite 57
 - a) Der Schutz grundrechtlich verfasster Individualrechtsgüter bei der „reinen“ Selbstgefährdung – Kurzüberblick über verbreitete Formulierungen in Literatur und Rechtsprechung und ihre EinordnungSeite 57
 - b) Die Schutzberechtigung aus der staatlichen Sicherheitsaufgabe und ihre ReichweiteSeite 61
 - c) Kritikpunkte gegenüber diesem Ansatz und ihre Einordnung .Seite 66
 - d) „Teleologische Betrachtung“ der Freiheitsausübung eines nicht freiverantwortlich Handelnden erforderlich? – Frage nach einer alternativen Grundlage für eine staatliche Schutzberechtigung Seite 68
 - aa) Überblick über verschiedene LösungsformulierungenSeite 68
 - bb) Mangelnde Tragfähigkeit dieser LösungsansätzeSeite 71
 - (1) Klarstellung: keine „teleologische Betrachtung“ der FreiheitsrechteSeite 71
 - (2) Konsequenz: keine überzeugende alternative Grundlage für eine SchutzberechtigungSeite 76
 - e) Herstellung eines Bezugs zur polizeirechtlichen GeneralklauselSeite 79
 - f) ResümeeSeite 82
 3. „Selbstmordfälle“ – eine Besonderheit im Rahmen der Selbstgefährdung aufgrund der Möglichkeit eines Einschreitens auch gegen freiverantwortlich HandelndeSeite 82
 - a) Argumentative Behandlung der Selbsttötung im ÜberblickSeite 82
 - b) Systematische Sonderstellung der Selbsttötung im Rahmen der Behandlung selbstgefährdender Verhaltensweisen – Disponibilität des Individualrechtsguts „Leben“Seite 86

c) Fazit für das Polizeirecht	Seite 90
4. Menschenwürdeschutz oder Wesensgehaltsgarantie als Grundlage sogar für die Beschränkung einer freiverantwortlich erfolgenden „reinen“ Selbstgefährdung	Seite 92
a) Überblick über verschiedene Lösungsformulierungen - Möglichkeit der Beschränkung auch gegen den beachtli- chen Willen des Einzelnen?	Seite 92
b) Plausibilität und Verwendbarkeit zum Schutz des Einzel- nen bei der in Rede stehenden „reinen“ Selbstgefährdung	Seite 94
5. Zulässigkeit eines Schutzes gegen den beachtlichen Willen des sich selbst Gefährdenden im „staatlichen Bereich“?	Seite 98
a) Die Formulierung des Bundesverwaltungsgerichts und ihr Aussagegehalt nach hiesiger Deutung	Seite 98
b) Kritikpunkte – staatliches Einschreiten auch bei freiver- antwortlicher „reiner“ Selbstgefährdung im „staatlichen Bereich“ denkbar?	Seite 101
6. Fazit und Zusammenfassung	Seite 104
a) Herleitung einer Schutzberechtigung bei „reiner“ Selbst- gefährdung (Punkte III.1. und III.2.)	Seite 104
b) Keine Ausnahme in Form eines Schutzes gegen den be- achtlichen Willen des freiverantwortlich und einsichtsfähig handelnden Selbstgefährdenden (Punkte III.3. bis III.5.)	Seite 109
c) Zusammenfassung	Seite 112

IV. Abschnitt:

Nicht freiverantwortlich erfolgende „reine“ Selbstgefährdung und ihre Behandlung durch den Staat – Das Gebot der Verhältnismäßigkeit

1. Die „reine“ Selbstgefährdung nicht hinreichend einsichtsfähiger Personen – bisweilen eine einzelfallabhängige rechtliche Grenzsituation	Seite 114
a) Verbreitete „akute“ Gefahrensituationen im Bereich der Gesellschaft und des Sports	Seite 114
b) „Rein“ selbstgefährdende Verhaltensweisen aufgrund permanenter Betätigung	Seite 117
c) Zusätzliche Aspekte im Zusammenhang mit dauerhaft an der Einsichtsfähigkeit gehinderten Personen – abschließende Fragestellung	Seite 118
2. Überlegungen zur Beschränkbarkeit nicht freiverantwortlichen, „rein“ selbstgefährdenden Verhaltens durch den Staat	Seite 119
a) Das Verhältnismäßigkeitsgebot – insbesondere das „Gewicht“ der individuellen Selbstbestimmung des nicht Einsichtsfähigen und das Gefahrenpotential von Handlungen für einzelne (polizeiliche) Schutz- und Individualrechtsgüter	Seite 120
aa) Allgemeine Ausführungen	Seite 120
bb) Überlegungen zu „reinen“ Selbstgefährdungen einzelner Schutzgüter – zugleich eine Konkretisierung des Schutzpflichtgedankens in Anbetracht „reiner“, nicht freiverantwortlicher Selbstgefährdung	Seite 122

cc) Das „soziale Gewicht“ der selbstgefährdenden Handlung als Differenzierungskriterium beim verhältnismäßigen Interessenausgleich	Seite 126
(1) Das „soziale Gewicht“ der selbstgefährdenden Handlung als Charakteristikum für das Gewicht der individuellen Selbstbestimmung des nicht Einsichtsfähigen	Seite 126
(2) Konkretisierung des „sozialen Gewichts“ der selbstgefährdenden Handlung als Maßstab individueller Selbstbestimmung des nicht Einsichtsfähigen	Seite 130
(3) Rückführbarkeit des Charakteristikums auf das Verfassungsrecht	Seite 134
(4) „Sozialerheblichkeit“ der selbstgefährdenden Handlung und Gefahrenpotential	Seite 137
dd) Wahrnehmung von Sorge und Betreuung für Erwachsene (durch Dritte) nach dem Gebot der Verhältnismäßigkeit	Seite 138
ee) Die Rolle des Elternrecht beim verhältnismäßigen Schutz Minderjähriger	Seite 140
b) Abschlussbetrachtung: Die Beschränkbarkeit nicht freiverantwortlich erfolgenden, „rein“ selbstgefährdenden Verhaltens durch den Staat nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit bzw. des „sozialen Gewichts“ als Differenzierungskriterium	Seite 143

V. Abschnitt:

Konsequenzen für das und Besonderheiten im Polizeirecht	Seite 146
--	------------------

1. Verankerung und Auswirkungen des verfassungsrechtlich gebotenen verhältnismäßigen Interessenausgleichs zwischen Selbstbestimmung und Schutz auf polizeirechtlicher Ebene	Seite 146
a) Generalklausel	Seite 146
b) Spezielle Ermächtigungsgrundlagen	Seite 147
aa) Gesetzliche Spezialmaterien	Seite 148
bb) Spezielle Standardmaßnahmen am Beispiel der polizeilichen Befugnis zur Ingewahrsamnahme ...	Seite 149
(1) Die Befugnis zum sogenannten „Schutzgewahrsam“	Seite 151
(2) Die Befugnis zur Ingewahrsamnahme Minderjähriger	Seite 154
cc) Verankerung der Selbstgefährdungproblematik bei Standardmaßnahmen und gesetzlichen Spezialmaterien	Seite 159
2. Zusammenfassung	Seite 160

VI. Abschnitt:

Die Grenzen des polizeilichen Aufgabenbereichs	Seite 162
1. Allgemeines	Seite 162
2. Abschließende Regelungen	Seite 163
3. Gefahrenabwehr und Parlamentsvorbehalt	Seite 164
4. „Sozialadäquanz“ als Indiz für gesetzgeberisch ausgeübte Beurteilungsspielräume und damit eine Grenze des polizeilichen Aufgabenbereichs	Seite 171
a) Grundsätze	Seite 171
b) Kritikpunkte	Seite 178
aa) „Sozialadäquanz“ und Grundrechtstatbe- stände	Seite 178
bb) „Sozialadäquanz“ und polizeirechtliche Gefahrenverantwortlichkeit	Seite 179

VI. Abschnitt:

Thesenartige Ausarbeitung	Seite 183
--	------------------

Literaturverzeichnis

- | | |
|--|---|
| Adamaschek, Barbara | Die polizeiliche General-
klausel unter besonderer Be-
rücksichtigung des Rechts-
staatsgedankens,
Bonn 1980. |
| Alexy, Robert | Theorie der Grundrechte,
Frankfurt a. M. 1985. |
| Auer, Alfons | „Sterben, Sterbehilfe“ in:
Staatslexikon, Bd. 5,
7. Auflage, Freiburg u.a. 1989. |
| Alpmann/Brockhaus | Fachlexikon Recht,
Mannheim 2004. |
| Bahr, Petra
Heinig, Hans Michael | Menschenwürde in der säkula-
ren Verfassungsordnung -
rechtswissenschaftliche und
theologische Perspektiven,
Tübingen 2006. |
| Beaucamp, Guy | Das Verbot der Diskrimminie-
rung Behinderter (Art. 3 III 2
GG), JABl. 2001, S. 36 - 41. |
| Benda, Ernst
Maihofer, Werner
Vogel, Hans-Jochen | Handbuch des Verfassungs-
rechts, 2. Auflage,
Berlin 1994 |
| Berg, Wilfried | Staatsrecht, 4. Auflage,
Stuttgart 2004. |
| Bleckmann, Albert | Probleme des Grundrechts-
verzichts,
JZ 1988, S. 57 - 62. |
| Böckenförde, Ernst-Wolfgang | Gesetz und gesetzgebende Ge-
walt – von den Anfängen der
deutschen Staatsrechtslehre bis
zur Höhe des staatsrechtlichen
Positivismus,
2. Auflage, Berlin 1981. |
| Böckenförde, Ernst-Wolfgang | Grundrechte als Grundsatznor-
men, Der Staat 1990 (29),
Seiten 1 - 31. |

Borowski, Martin	Grundrechte als Prinzipien, Baden-Baden 1998.
Brand, Edmund / Smeddinck, Ulrich	Der Gefahrenbegriff im Polizeirecht, Jura 1994, S. 225 - 232.
Britz, Gabriele	Der Einfluss christlicher Tra- dition auf die Rechtsauslegung als verfassungsrechtliches Gleichheitsproblem, JZ 2000, S. 1127 - 1133.
Brüning, Christoph	Voraussetzungen und Inhalt eines grundrechtlichen Schutz- anspruchs – BVerwG, NVwZ 1999, 1234, JuS 2000, S. 955 - 959.
Brüning, Christoph / Helios, Marcus	Die verfassungsprozessuale Durchsetzung grundrechtlicher Schutzpflichten am Beispiel des Internets, Jura 2001, S. 155 - 162.
Canaris, Claus-Wilhelm	Grundrechte und Privatrecht: eine Zwischenbilanz, Berlin 1999.
Christmann, Hagen	Eigenverantwortliche Selbst- gefährdung und Selbstschä- digung, in Jura 2002 (Bd. 24), S. 679 - 683.
Denninger, Erhard	Vom Elend des Gesetzgebers zwischen Übermaßverbot und Untermaßverbot, Festschrift für Ernst Gottfried Mahren- holz, S. 561 - 572.
Denninger, Erhard	Polizei und demokratische Politik, JZ 1970, S. 145 - 152.
Dickert, Thomas	Naturwissenschaften und For- schungsfreiheit, Berlin 1991.

- | | |
|--|--|
| Di Fabio, Udo | Das Kooperationsprinzip – ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Umweltrechts, NVwZ 1999, S. 1153 - 1158. |
| Donner, Hartwig /
mon, Jürgen | Genomanalyse und Ver- Si-
fassung,
DÖV 1990, S. 907 - 918. |
| Dreier, Horst (Hrsg.) | Grundgesetz – Kommentar,
Band I, Art. 1-19 GG,
2. Auflage, Tübingen 2004. |
| Drews, Bill /
Wacke, Gerhard /
Vogel, Klaus /
Martens, Wolfgang | Gefahrenabwehr – Allgemei-
nes Polizeirecht des Bundes
und der Länder, 9. Auflage,
Köln u.a. 1986. |
| Eberle, Carl Eugen | Gesetzesvorbehalt und Parla-
mentsvorbehalt,
in DÖV 1984, S. 485 - 493. |
| Ebert, Frank | Selbstgefährdung aus ord-
nungsrechtlicher Sicht – Ge-
brauch und Grenzen eines
individuellen Rechts,
in Kommunalpraxis / Ausgabe
Brandenburg, Mecklenburg-
Vorpommern, Sachsen, Sach-
sen-Anhalt, Thüringen,
Band 11, S. 41 - 44,
Kronach u.a. 2002. |
| Eifert, Martin | Regulierungsstrategien, in
Hoffmann-Riem/Schmidt-
Aßmann/Voßkuhle, Grund-
lagen des Verwaltungsrechts,
Band I, S. 1237 - 1310,
München 2006. |
| Enneccerus, Ludwig
Nipperdey, Hans Carl | Allgemeiner Teil des Bürger-
lichen Rechts, 14. Auflage,
Tübingen 1952 (1. Halbband),
Tübingen 1955 (2. Halbband). |
| Enneccerus, Ludwig
Nipperdey, Hans Carl | Allgemeiner Teil des Bürger-
lichen Rechts, 15. Auflage,
Tübingen 1959 (1. Halbband),
Tübingen 1960 (2. Halbband). |

Eylmann, Horst	Der Richter als Ersatzgesetzgeber – 14. Tagung der Deutschen Gesellschaft für Gesetzgebung vom 02.05.1994, in ZRP 1995, S. 149 - 150.
Fink, Udo	Programmfreiheit und Menschenwürde, AfP 2001, S. 189 - 193.
Fink, Udo	Selbstbestimmung und Selbsttötung, Köln u.a. 1992.
Fischer, Kai	Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, Frankfurt am Main u.a. 1997.
Gampp, Markus / Hebeler, Timo	Grundrechtsschutz vor Selbstgefährdung?, BayVBl. 2004, S. 257 - 264.
Gantner, Volker	Verursachung und Zurechnung im Recht der Gefahrenabwehr, Neustetten 1983.
Gerlach, Klaus	Wenn Sport zur Sucht wird..., in SportInForm – Das Magazin des Sports in Rheinland-Pfalz, Ausgabe Juli/2008, Seite 8, Köln 2008.
Götz, Volkmar	Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Auflage, Göttingen 1982.
Götz, Volkmar	Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 14. Auflage, München 2008.
Gusy, Christoph	Polizeirecht, 6. Auflage, Tübingen 2006.
Gusy, Christoph	Sittenwidrigkeit im Gewerbe-recht, DVBl. 1982, Seiten 984 - 989.
Gropp, Walter	Strafrecht – Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin u.a. 2001.

Habermehl, Kai	Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 1993.
Hartwig, Henning	„Big Brother und die Folgen“, JZ 2000, Seiten 967 bis 973.
Hamann, Andreas / Lenz, Helmut	Das Grundgesetz für die Bun- desrepublik Deutschland, 3. Auflage, Neuwied 1970.
Hansen-Dix, Frauke	Die Gefahr im Polizeirecht, im Ordnungsrecht und im Tech- nischen Sicherheitsrecht, Köln u.a. 1982.
Hermes, Georg	Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, Heidelberg 1987.
Hesse, Konrad	Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflich- ten des Gesetzgebers, in Festschrift für Ernst Gott- fried Mahrenholz, S. 541 bis 559, Baden-Baden 1994.
Hesse, Konrad	Grundzüge des Verfassungs- rechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, Heidelberg 1995.
Hillgruber, Christian	Der Schutz des Menschen vor sich selbst, München 1992.
Hinrichs, Ulrike	„Big Brother und die Men- schenwürde“, NJW 2000, S. 2173 - 2176.
Hintz, Ulrike Winterberg, Michael	„Big Brother“ – Die modernen Superstars als „Reformer“ der Verfassung, ZRP 2001, S. 293 - 297.
Hirsch, Burkhard	Aktuelle Sicherheitspolitik im Lichte des Verfassungsrechts - Eine notwendige Entgegnung, ZRP 2008, S. 24 - 25.

Hoerster, Norbert	Sterbehilfe im säkularen Staat, Frankfurt am Main 1998.
Hoerster, Norbert	Zur Bedeutung des Prinzips der Menschenwürde, JuS 1983, S. 93 - 96.
Höfling, Wolfram	Menschenwürde und gute Sitten, NJW 1983, S. 1582 - 1590.
Hofmann, Hasso	Atomgesetz und Recht auf Leben und Gesundheit, BayVBl. 1983, S. 33 - 38.
Hohm, Karl-Heinz	Grundrechtsträgerschaft und „Grundrechtsmündigkeit“ Minderjähriger am Beispiel öffentlicher Heimerziehung, NJW 1986, S. 3107 - 3115.
Hornmann, Gerhard	HSOG – Kommentar, 2. Auflage, München 2008.
Hurst, Werner	Zur Problematik der polizeirechtlichen Handlungshaftung, AÖR 83 (1959), S. 43 - 90.
Huster, Stefan	Individuelle Menschenwürde oder öffentliche Ordnung, NJW 2000, S. 3477 - 3479.
Isensee, Josef	Das Grundrecht auf Sicherheit - zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaats, Berlin 1983.
Isensee, Josef Kirchhof, Paul	Handbuch des Staatsrechts, Band IV: Aufgaben des Staates, 3. Auflage, Heidelberg 2006.
Isensee, Josef Kirchhof, Paul	Handbuch des Staatsrechts, Band V: Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Auflage, Heidelberg 2000.

- | | |
|--|--|
| Isensee, Josef
Kirchhof, Paul | Handbuch des Staatsrechts,
Band VI: Freiheitsrechte,
2. Auflage, Heidelberg 2001. |
| Jarass, Hans | Sicherung der Rentenfinanzierung und Verfassungsrecht,
NZS 1997, S. 545 - 551. |
| Jarass, Hans /
Pieroth, Bodo | Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland,
9. Auflage, München 2007. |
| Kirchner, Hildebert (Begr.) /
Butz, Cornelia (Bearb.) | Abkürzungsverzeichnis der
Rechtssprache,
5. Auflage, Berlin 2003. |
| Klaudat, Harald | Polizeipflicht und Kausalität,
München 1968. |
| Kloepfer, Michael | Technikverbot durch gesetzgeberisches Unterlassen?
in P.Badura/R.Scholz (Hrsg.):
Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für
Peter Lerche, S. 755 - 769,
München 1993. |
| Knemeyer, Franz-Ludwig | Polizei- und Ordnungsrecht,
11. Auflage, München 2007. |
| Kramer, Urs | Hessisches Polizei- und Ordnungsrecht, Stuttgart 2004. |
| Kugelman, Dieter | Polizei- und Ordnungsrecht,
Heidelberg 2006. |
| Kuhlmann, Jens-Michael | Einwilligung in die Heilbehandlung alter Menschen,
Frankfurt am Main 1996. |
| Ladeur, Karl-Heinz /
Augsberg, Ino | Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat -
Humangenetik – Neurowissenschaft – Medien,
Tübingen 2008. |

- | | |
|--|--|
| Landessportbund Rheinland-Pfalz
(Hrsg.) | Raus aus der Parallelwelt –
LSB-Diskussionsrunde zum
Thema „Spielsucht“ in Mainz,
in SportInForm – Das Maga-
zin des Sports in Rheinland-
Pfalz, Ausgabe Juli/2008,
S. 6f., Köln 2008. |
| Lenz, Carl Otto /
Borchardt, Klaus-Dieter (Hrsg.) | EU- und EG-Vertrag,
4. Auflage, Köln 2006. |
| Lisken, Hans /
Denninger, Erhard | Handbuch des Polizeirechts,
4. Auflage,
München 2007. |
| Littwin, Frank | Grundrechtsschutz gegen sich
selbst,
Frankfurt am Main u.a. 1993. |
| Luchterhand, Otto | Grundpflichten als
Verfassungsproblem in
Deutschland, Berlin 1988. |
| Marauhn, Tilo | Das Grundrecht auf Zugang zu
den Leistungen der sozialen
Sicherheit – Anmerkungen zur
Normkategorie der sozialen
Grundrechte,
in: Franz Matscher, Erweiter-
tes Grundrechtsverständnis,
Kehl am Rhein 2003. |
| Marquard, Odo | Skepsis in der Moderne – phi-
losophische Studien,
Stuttgart 2007. |
| Maunz, Theodor /
Dürig, Günter | Grundgesetz – Kommentar,
Band I, Art. 1 bis 5 GG,
Loseblattsammlung,
München 2007. |
| Maunz, Theodor /
Dürig, Günter | Grundgesetz – Kommentar,
Band V, Art. 70 bis 99 GG,
Loseblattsammlung,
München 2007. |
| Meixner, Kurt /
Fredrich, Dirk | Hessisches Gesetz über die
öffentliche Sicherheit und
Ordnung (HSOG),
10. Auflage, Stuttgart u.a.
2005. |

- | | |
|---|--|
| Meßerschmidt, Klaus | Gesetzgebungsermessen,
Berlin 2000. |
| Model, Otto /
Müller, Klaus | Grundgesetz für die Bundes-
republik Deutschland,
11. Auflage, Köln u.a. 1996. |
| Möller, Manfred /
Wilhelm, Jürgen | Allgemeines Polizei- und
Ordnungsrecht – gesamtdeu-
sche Darstellung,
3. Auflage, Köln 1993. |
| Möller, Manfred /
Wilhelm, Jürgen | Allgemeines Polizei- und
Ordnungsrecht – gesamtdeu-
sche Darstellung,
5. Auflage, Stuttgart 2003. |
| Möstl, Markus | Die staatliche Garantie für die
öffentliche Sicherheit und
Ordnung, Tübingen 2002. |
| Mrasek-Robor, Heike | Technisches Risiko und Ge-
waltenteilung,
Baden-Baden 2000. |
| Mühl, Lothar /
Leggereit, Rainer /
Hausmann, Winfried | Polizei- und Ordnungsrecht
Hessen, 2. Auflage,
Baden-Baden 2008. |
| Müller, Otto Heinrich /
Schanz, Reinhard | Deutsche Geschichte im euro-
päischen Zusammenhang,
Frankfurt am Main 1959. |
| Murswiek, Dietrich | Die staatliche Verantwortung
für die Risiken der Technik,
Berlin 1985. |
| Palandt, Otto (Begr.) | Bürgerliches Gesetzbuch -
Kommentar,
63. Auflage, München 2004. |
| Papier, Hans-Jürgen | BVerfG v. 8.4.1987 (1 BvR
564/84) – Beschluss mit Be-
schlussbesprechung,
SGB 1987, S. 464 - 470. |
| Pausch, Wolfgang | Polizei- und Ordnungsrecht in
Hessen, 4. Auflage,
Stuttgart u.a. 2005. |

- | | |
|--|--|
| Peters, Hans | Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in: Gegenwartsprobleme des internationalen Rechtes und der Rechtsphilosophie. Festschrift für Rudolf Laun zum siebzigsten Geburtstag, Seiten 669 bis 678, Hamburg 1953. |
| Pieroth, Bodo /
Schlink, Bernhard | Staatsrecht II: Grundrechte, 24. Auflage, Heidelberg u.a. 2008. |
| Pieroth, Bodo /
Schlink, Bernhard /
Kniesel, Michael | Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Auflage, München 2008. |
| Radbruch, Gustav | Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ (Süddeutsche Juristenzeitung) 1946, S. 105 - 108. |
| Rasch, Ernst
Ule, Carl Hermann | Allgemeines Polizeirecht, Köln u.a. 1965. |
| Rasch, Ernst | Allgemeines Polizeirecht, 2. Auflage, Köln u.a. 1982. |
| Reimer, Franz | Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, S. 533 - 621, München 2006. |
| Rieder, Ulrike | Richtig Voltigieren, München 1991. |
| Robbers, Gerhard | Der Grundrechtsverzicht, JuS 1985, S. 925 - 931, München und Frankfurt a. M. 1985. |
| Robbers, Gerhard | Partielle Handlungsfähigkeit Minderjähriger im öffentlichen Recht, DVBl. 1987, S. 709 - 718. |

Robbers, Gerhard	Sicherheit als Menschenrecht, Baden-Baden 1987.
Rupprecht, Reinhard	Die tödliche Abwehr des Angriffs auf menschliches Leben, JZ 1973, S. 263 - 267.
Sachs, Michael (Hrsg.)	Grundgesetz – Kommentar, 4. Auflage, München 2007.
Schenke, Wolf-Rüdiger	Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Auflage, Heidelberg u.a. 2007.
Schmidt-Assmann, Eberhard	Anwendungsprobleme des Art. 2 II GG im Immissionschutzrecht, AÖR 106 (1981), S. 205 - 217.
Schmidt-Assmann, Eberhard / Schoch, Friedrich (Hrsg.)	Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Auflage, Berlin 2008.
Schmidt-Bleibtreu, Bruno (Begr.) / Klein, Franz (Begr.) / Hofmann, Hans (Hrsg.) / Hopfauf, Axel (Hrsg.)	Grundgesetz – Kommentar, 11. Auflage, Köln u.a. 2008.
Schmitt Glaeser, Walter	Big Brother is watching you - Menschenwürde bei RTL 2, ZRP 2000, Seiten 395 bis 402, München und Frankfurt a. M. 2000.
Schoch, Friedrich	Grundfälle zum Polizei- und Ordnungsrecht, JuS 1994, S. 932 - 937.
Scholler, Heinrich / Schloer, Berhard	Grundzüge des Polizei- und Ordnungsrechts des Bundesrepublik Deutschland, 4. Auflage, Heidelberg 1993.
Schönke, Adolf, / Schröder, Horst	Strafgesetzbuch, 27. Auflage, München 2006.
Schuppert, Gunnar Folke	Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, Königsstein/Ts. 1980.

- | | |
|-------------------------------------|--|
| Schuppert, Gunnar Folke | Verwaltungsorganisation als Steuerungsfaktor, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 995 - 1081, München 2006. |
| Schwabe, Jürgen | Der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1998, S. 66 - 75. |
| Schwabe, Jürgen | Probleme der Grundrechtsdogmatik, Darmstadt 1977. |
| Schwabe, Jürgen | „Grundrechte und Rechte anderer“ in: Aschke/Hase/De Caluwe (Hrsg.), Selbstbestimmung und Gemeinwohl – Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Friedrich von Zezschwitz, S. 29 - 45, Baden-Baden 2005. |
| Scupin, Hans-Harald | Die Entwicklung des Polizeibegriffs und seine Verwendung in den neuen deutschen Polizeigesetzen, Marburg 1970. |
| Seifert, Karl-Heinz / Hömig, Dieter | Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 8. Auflage, Baden-Baden 2007. |
| Starck, Christian (Hrsg.) | Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz – Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Band II, Tübingen 1976. |
| Stern, Klaus | Staatsrecht Band III: Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1. Halbband, München 1988. |
| Stern, Klaus | Staatsrecht Band IV: Die einzelnen Grundrechte, 1. Halbband, München 2006. |

- | | |
|---|---|
| Stober, Rolf | Die Entwicklung des Gewer-
berechts in den Jahren 1982/
1983, NJW 1984,
S. 2499 - 2510. |
| Suhr, Dieter | Entfaltung der Menschen
durch die Menschen – zur
Grundrechtsdogmatik der Per-
sönlichkeitsentfaltung, der
Ausübungsgemeinschaften
und des Eigentums.
Berlin 1976. |
| Tettinger, Peter /
Erbguth, Wilfried /
Mann, Thomas | Besonderes Verwaltungsrecht,
9. Auflage, Heidelberg 2007. |
| Thiele, Willi | Bedeutungswandel des poli-
zeirechtlichen Begriffs der
öffentlichen Ordnung,
ZRP 1979, S. 7 - 11. |
| Thümmel, Albert | Deutsche Geschichte, Band II,
11. Auflage,
Plochingen/Neckar 1965. |
| Tiemann, Axel | Der Schutzbereich des Art. 2
II 2 GG – zum Grundrecht auf
Bewegungsfreiheit im Asyl-
verfahrensrecht, NVwZ 1987,
S. 10 - 15. |
| Tröndle, Herbert /
Fischer, Thomas | Strafgesetzbuch – Kommentar,
52. Auflage, München 2004. |
| Umbach, Dieter C. | Das Wesentliche an der We-
sentlichkeitstheorie,
in: Festschrift für Hans
Joachim Faller, S. 111-131,
München 1984. |
| Umbach, Dieter C. (Hrsg.) /
Clemens, Thomas (Hrsg.) | Grundgesetz, Band I,
Heidelberg 2002. |
| Unruh, Peter | Zur Dogmatik der grundrecht-
lichen Schutzpflichten,
Berlin 1996. |
| Vollmuth, Joachim | Die Bestimmung der polizei-
rechtlich relevanten Ursache,
München 1972. |

- | | |
|--|--|
| von Humboldt, Wilhelm | Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, Nachdruck, Stuttgart 1987. |
| von Mangoldt, Hermann (Begr.) / Klein, Franz (Begr.) | Grundgesetz – Kommentar, Band I, 2. Auflage, Berlin und Frankfurt am Main 1957. |
| von Mangoldt, Hermann (Begr.) / Klein, Franz (Begr.) / Starck, Christian (Hrsg.) | Grundgesetz – Kommentar, Band I, Art. 1 bis 19 GG, 5. Auflage, München 2005. |
| von Mangoldt, Hermann (Begr.) / Klein, Franz (Begr.) / Starck, Christian (Hrsg.) | Grundgesetz – Kommentar, Band II, Art. 20 bis 82 GG, 5. Auflage, München 2005. |
| von Münch, Ingo
Kunig, Philip | Grundgesetz-Kommentar, Band I: Präambel bis Art. 20, 5. Auflage, München 2000. |
| von Olshausen, Henning | Menschenwürde im Grundgesetz: Wertabsolutismus oder Selbstbestimmung?, NJW 1982, S. 2221 - 2224. |
| Welzel, Hans | Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), S. 491 - 566. |
| Wolff, Hans /
Bachof, Otto | Verwaltungsrecht III, 4. Auflage, München 1978. |
| Wolski, Sabine | Soziale Adäquanz, München 1990. |

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere(r) Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AfP	Archiv für Presserecht
allg.	allgemein, allgemeines
Allg. POR	Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
ASOG	Allgemeines Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung
AT	Allgemeiner Teil
bay.	bayrisch(er)
bayPAG	Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei in Bayern
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
Bd.	Band
BesVerwR	Besonderes Verwaltungsrecht
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt (Z)	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Zivilsachen)
BRepD	Bundesrepublik Deutschland
BVerG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
cf.	conferre
ders.	derselbe
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
Dt.	Deutsche/r
EuGH	Gerichtshof der europäischen Gemeinschaften
EuGHE	Amtliche Sammlung der Rechtsprechung des EuGH

F.	Folge
f.	folgende Seite
ff.	folgende Seiten
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
FS (Name)	Festschrift (für ...)
GA	Goltdammers Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
Hdb.	Handbuch
h.M.	herrschende Meinung
HSOG	Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
JABl.	Juristische Arbeitsblätter
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
LSB	Landessportbund
LT	Landtag
LT-Drucks.	Landtagsdrucksache
LVwG	Landesverwaltungsgesetz
ME-PolG	Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes
m.M.	Mindermeinung
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OLG	Oberlandesgericht(e) (der Länder)
OLGE	Amtliche Sammlung der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Amtliche Sammlung der Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte

PAG	Polizeiaufgabengesetz (der Länder)
POG	Polizeiorganisationsgesetz
PolG	Polizeigesetz (der Länder)
POR	Polizei- und Ordnungsrecht
pr.	Preußisch
Rn.	Randnote
s.	siehe
S.	Seite
SGb.	Die Sozialgerichtsbarkeit
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
SOG	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
sog.	sogenannte(r)
stRspr.	ständige Rechtsprechung
u.a.	und andere
vgl.	vergleiche
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VerwR	Verwaltungsrecht
VerfR	Verfassungsrecht
Vorb.	Vorbemerkungen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Straf- rechtswissenschaft

I. Abschnitt:

Einleitung und Grundfragen

1. Fragestellung der und Einleitung in die Untersuchung

Der Staat ist in der Form des modernen Rechtsstaats typischerweise dazu berufen, die gegenläufigen Interessen verschiedener Bürger durch seine Rechtsordnung zu einem sachgerechten Ausgleich zu bringen, namentlich also die Freiheit des einen gegenüber derjenigen des anderen gleichermaßen zu konturieren wie auch zu gewährleisten.

Inwieweit der darin liegende Schutz des Menschen auch zu dessen eigenem Nutzen gegen die einzelne Person selbst, die ihn weder will noch hierauf Anspruch erhebt, gerichtet und so zu einem nicht gewollten Schutz vor sich selbst werden kann, ist Gegenstand dieser Untersuchung. Die Frage nach den hierbei bestehenden Befugnissen der Polizei ist ihre Perspektive.

Angesprochen ist damit eine nach wie vor aktuelle und im täglichen Leben allenthalben relevante Problematik¹, die letzten Endes auf die gar staatsphilosophische Frage rückführbar ist bzw. wäre, wann der moderne Staat statt des betreffenden Menschen selbst als „Schmied individuellen Glücks“ auftreten darf und wo diesbezüglich Grenzen zu ziehen sind. Sie ist dementsprechend bislang mit teils staatstheoretischer², teils grundrechtsdogmatischer³ Schwerpunktsetzung, stets aber aus rein verfassungsrechtlichem Blickwinkel⁴ bearbeitet worden. Den dabei gefundenen Ergebnissen wird Rechnung zu tragen und sie werden mitunter kritisch zu hinterfragen sein. Ausgangs- und Endpunkt der hier vorgenommenen Untersuchung ist dabei jedoch die polizeiliche Aufgabe zum Schutz des Einzelnen. In ihrer Reichweite spiegelt und konturiert sich die verfassungsrechtlich determinierte Reichweite staatlicher Verantwortung.

¹ mit einer umfassenden Zusammenstellung zur gesellschaftlichen Relevanz von Selbstgefährdung Littwin, S. 4ff..

² Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, München 1992.

³ Littwin, Grundrechtsschutz gegen sich selbst, Frankfurt a. M. 1993.

⁴ vgl. auch Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, Frankfurt a. M. u.a. 1997; Gampp/Hebeler, Grundrechtsschutz vor Selbstgefährdung?, in BayVBl. 2004, S. 257ff.; Schwabe, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, in JZ 1998, S. 66ff..

In einem ersten Schritt wird sich deshalb allgemein mit dem Wesen des polizeilichen Schutzes des Einzelnen vor verfassungsrechtlichem Hintergrund und seinen Voraussetzungen befasst werden (I. Abschnitt). Den Einstieg bildet damit das Polizeirecht.

Die hierbei gewonnenen Erkenntnisse formen im Anschluss an eine aus polizeirechtlicher Perspektive erfolgende Auseinandersetzung mit dem Begriff der „Selbstgefährdung“ (II. Abschnitt) den Ausgangspunkt für eine verfassungsrechtliche Bewertung von Inhalt und Grenzen eines Schutzes des Menschen vor sich selbst (III. Abschnitt). In der Folge soll versucht werden, auf gleiche Weise Maßstäbe für staatlichen Schutz dort zu erarbeiten, wo dem Grunde nach eine entsprechende Schutzberechtigung besteht (IV. Abschnitt).

Zuletzt gilt es, die auf der Ebene des Verfassungsrechts gewonnenen Erkenntnisse für das Polizeirecht zu konkretisieren und die Unterschiede zwischen beiden Blickwinkeln zu verdeutlichen (V. und VI. Abschnitt). Hierbei soll auf die entsprechenden Konsequenzen für das einfache Recht eingegangen und so der Kreis der Untersuchung geschlossen werden.

2. Überblick über die Generalklausel als polizeirechtlichen Grundtatbestand

Der Schutz vor Gefahren für die „Öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ bildet den Grundtatbestand der Generalklausel⁵ in den allgemeinen Polizei- und Ordnungsgesetzen, dessen Voraussetzungen in Spezialbefugnissen – so etwa den Standardmaßnahmen – durch den Gesetzgeber häufig variiert werden. Für beide Schutzgüter muss jeweils eine Gefahr vorliegen, also eine Lage, in der bei ungehindertem Geschehensablauf der Eintritt eines Schadens in überschaubarer Zukunft zu erwarten steht.⁶ Dies setzt eine drohende,

⁵ cf. Art. 11 bayPAG, §§ 1 I, III PolG Baden-Württemberg, 17 I ASOG Berlin, 10 I PolG Brandenburg, 10 I PolG Bremen, 3 I SOG Hamburg, 11 I HSOG, 13, 16 SOG Mecklenburg-Vorpommern, 8 I PolG Nordrhein-Westfalen, 9 I POG Rheinland-Pfalz, 8 I PolG Saarland, 1 I, III PolG Sachsen, 13 SOG Sachsen-Anhalt, 176 LVwG Schleswig-Holstein, 12 PAG Thüringen.

⁶ etwa Meixner/Fredrich, HSOG, 10. Auflage, § 1 Rn. 9; Pausch, POR in Hessen, 4. Auflage, S. 90; ähnlich Gusy, 6. Auflage, S. 52 Rn. 108.

nicht unerhebliche Minderung voraus; bloße Nachteile, Belästigungen, Unbequemlichkeiten und Geschmacklosigkeiten fallen nicht hierunter.⁷

Die öffentliche Ordnung wird hierbei als Gesamtheit der ungeschriebenen Ordnungsvorstellungen verstanden, deren Befolgung nach den örtlich herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens angesehen wird.⁸ Sie hat gegenüber der öffentlichen Sicherheit eine bloße Reserve- und regelmäßig eher geringfügige Funktion.⁹

Ausdifferenzierter gestaltet sich demgegenüber die öffentliche Sicherheit. Sie lässt sich nach allgemeiner Ansicht in den Schutz der geschriebenen Rechtsordnung, des Staates und seiner Einrichtungen, sowie von Individualgütern unterteilen.¹⁰ Zum Teil ist diese Definition gesetzlich fixiert.¹¹ Die darin zum Ausdruck kommende doppelte, nämlich teils individualbezogene, teils kollektivbezogene Schutzrichtung der Generalklausel hatte schon die Urfassung aller rechtsstaatlichen Polizeigesetze – § 10 Titel 17 Teil II des pr. ALR¹² – formuliert.¹³

Neben dem Schutz des Staates und seiner Einrichtungen wird demnach im Anschluss an den Schutz des geschriebenen Rechts der Individualschutz aufgeführt. In Anlehnung an die amtliche Begründung zu § 14 PreußPVG betrifft dies vor allem einen Schutz der klassischen, auf den Einzelnen bezogenen Polizeigüter Leib, Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre oder Eigentum

⁷ etwa Meixner/Fredrich, HSOG, 10. Auflage, § 1 Rn. 9; Pausch, POR in Hessen, 4. Auflage, S. 91 m.w.N..

⁸ Alpmann/Brockhaus, Fachlexikon Recht, S. 954f.; zur strittigen Frage der Verfassungsmäßigkeit ablehnend Denninger in JZ 1970, S. 145; Thiele in ZRP 1979, S. 9; Brandt/Smeddinck in Jura 1994, S. 226; bejahend die h.M. etwa Hansen-Dix, Die Gefahr im Polizeirecht, im Ordnungsrecht und im Technischen Sicherheitsrecht, S. 22f. m.w.N..

⁹ Denninger in JZ 1970, S. 145; Thiele in ZRP 1979, S. 9; Brandt/Smeddinck in Jura 1994, S. 226.

¹⁰ Frauke Hansen-Dix, Die Gefahr im Polizeirecht, im Ordnungsrecht und im Technischen Sicherheitsrecht, S. 22; Denninger in Liskin/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 307 Rn. 16; teilweise wird auch eine terminologische Beschränkung der „vielfältig variierten Formeln zur Umschreibung der öffentlichen Sicherheit auf den Begriff der Unversehrtheit der – verfassungsmäßigen – Rechtsordnung“ vertreten, so Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, S. 237.

¹¹ s. § 2 Nr. 2 PolG Bremen, § 3 Nr. 1 SOG Sachsen-Anhalt; es ist jedoch anerkannt, dass die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit bundesweit einheitlich zu interpretieren sind, so Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 5. Auflage, S. 123 Rn. 2.

¹² „Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit, und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publico, oder einzelnen Mitgliedern desselben, bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizey.“

¹³ Denninger in Liskin/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 307 Rn. 16.

bzw. Vermögen.¹⁴ Die zum Thema Selbstgefährdung geführten Diskussionen kristallisieren sich an diesem Merkmal bzw. an der Frage, ob und inwieweit der Kreis dieser Individualrechtsgüter auch gegen eine solche Selbstgefährdung zu schützen ist. Es bedarf daher zunächst einer allgemeinen Annäherung an die polizeirechtliche Generalklausel unter dem Gesichtspunkt des Individualschutzes.

3. Individualschutz als Tatbestandsmodalität der öffentlichen Sicherheit

a) Begrifflichkeiten

Soweit ersichtlich hat sich beim Schutz des einzelnen im Rahmen der polizeirechtlichen Generalklausel keine einheitliche Terminologie herausgebildet.¹⁵ Teilweise wird zwischen Individualgütern und privatrechtlichen Ansprüchen bzw. privaten Rechten unterschieden¹⁶; andernorts ist von Individualrechtsgütern bzw. Rechtsgütern und subjektiven Rechten¹⁷ oder nur von Individualrechtsgütern die Rede.¹⁸

Hier sollen die Begriffe so verwandt werden, dass unter Individualrechtsgütern die Rechtsgüter des Menschen und unter privaten Rechten seine übrigen privat- oder bisweilen auch öffentlich-rechtlich begründeten Ansprüche¹⁹ zu verstehen sind. Sofern keine unterschiedliche Behandlung geboten ist, soll Individualschutz den Oberbegriff bilden. Im Schwerpunkt befasst sich die Untersuchung jedoch mit dem Individualrechtsgüterschutz, da dieser im Zentrum der Selbstgefährdungsproblematik steht.

¹⁴ vgl. etwa Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 5. Auflage, S. 123f. Rn. 5; Schenke, POR, 5. Auflage, S. 25 Rn. 53; Gusy, 6. Auflage, S. 41 Rn. 86; Hornmann, HSOG, § 11 Rn. 13; Möller/Wilhelm, Allg. POR, 3. Auflage, S. 33.

¹⁵ zu den terminologischen Schwierigkeiten Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, S. 237f., der eine „Reduzierung auf die – verfassungsmäßige – Rechtsordnung“ vertritt.

¹⁶ Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, § 14 S. 229; Habermehl, POR, 2. Auflage, S. 55 Rn. 95; Kugelman, POR, S. 139 Rn. 48 und S. 142 Rn. 57; Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 5. Auflage, S. 131 Rn. 24.

¹⁷ Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 5. Auflage, S. 131 Rn. 24.

¹⁸ Schenke, POR, 5. Auflage, S. 27 Rn. 56.

¹⁹ vgl. das Beispiel bei Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 5. Auflage, S. 131 Rn. 26; anders in der Einteilung Gusy, 6. Auflage, S. 43 Rn. 90f..

b) Grundfrage des Polizeirechts vor verfassungsrechtlichem Hintergrund: Erforderlichkeit eines eigens zu prüfenden „Öffentlichen Interesses“ beim Individualschutz in Selbst- und Fremdgefährdungsfällen?

(aa) Traditionelle Auffassung

Das Verständnis des Schutzes der öffentlichen Sicherheit war – unter dem Einfluss der vor allem für das 19. Jahrhundert typischen, rein abwehrrechtlichen Grundrechtslehre und einer reservierten Einstellung zur staatlichen Sicherheitsaufgabe als eigener Allgemeinwohlgröße – lange Zeit durch die Auffassung beherrscht, dass der polizeiliche Auftrag zum Schutz der öffentlichen Sicherheit allein im Interesse der Allgemeinheit bestehe, der einzelne dagegen nur „reflexartig“ als Repräsentant der Allgemeinheit geschützt sei.²⁰

Auch heute fassen Teile der Literatur die rechtliche Bedeutung des Merkmals „öffentlich“ so auf, dass nur der in einem (eigens zu begründenden) öffentlichen Interesse gebotene Individualschutz dem Begriff unterfalle.²¹ Eine Hauptbedeutung des Tatbestandsmerkmals liege gerade darin, bei Selbstgefährdungen ein polizeiliches Handeln grundsätzlich auszuschließen.²² Innerhalb dieser Meinung finden sich verschiedene Formulierungen wieder: Vielfach wird ein „öffentliches Interesse“ danach bestimmt, ob der einzelne im konkreten Fall als „Repräsentant“ einer unbestimmten Allgemeinheit angesehen werden könne bzw. ob eine nicht nach einheitlichen Kriterien klassifizierbare Mehrzahl von Personen betroffen sei – mithin ob die Situation ein individuelles Gepräge aufweise oder nicht.²³ Andernorts wird auf eine sogenannte „Ausstrahlung in die Öffentlichkeit“ abgestellt.²⁴ Vielfach

²⁰ § 10 II Titel 17 Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794: „...dem Publiko oder einzelnen Mitgliedern desselben, beforstehende Gefahren...“; § 2 II Titel 13 pr. ALR: „...einen Jeden bei dem Seinigen gegen Gewalt und Störungen zu schützen...“; dazu Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, S. 4f..

²¹ Wolff/Bachof, VerwR III, 4. Auflage, S. 50 Rn. 11 und noch deutlicher S. 52 Rn. 16; ebenso Schenke, POR, 5. Auflage, S. 27f. Rn. 56; Tettinger/Erbguth/Mann, BesVwR, 9. Auflage, S. 175 Rn. 446; wohl auch Gusy, 6. Auflage, S. 38f. Rn. 81; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, § 14 S. 228f.; Scholler/Schloer, Grundzüge des POR der BRepD, 4. Auflage, S. 63; Pausch, POR in Hessen, 4. Auflage, S. 247.

²² Schenke, POR, 5. Auflage, S. 27 Fußnote 49; Möller/Wilhelm, Allg. POR, 3. Auflage, S. 35.

²³ etwa Schenke, POR, 5. Auflage, S. 27f. Rn. 56.

²⁴ etwa Habermehl, POR, 2. Auflage, S. 56 Rn. 97.

kommt es jedoch auch zu einer Vermischung beider Ansätze²⁵ oder es wird ohne inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Merkmal lediglich festgestellt, dass man ein „öffentliches Interesse“ regelmäßig zu bejahen habe²⁶.

(1) Kriterium der „individuellen Situation“

Häufig ist ein Abstellen auf ein „individuelles Gepräge der Situation“ bzw. darauf anzutreffen, ob der einzelne als Repräsentant der Allgemeinheit angesehen werden kann. So soll bei Individualrechtsgütern²⁷ ein Eingreifen zulässig sein, wenn eine unbestimmte Vielzahl von Personen gefährdet wird oder aber, wenn bestimmte Einzelpersonen unabhängig von ihrer Individualität ebenso bedroht sind, wie jede andere Person es an ihrer Stelle wäre.²⁸ Beispielsweise repräsentiere der Mieter in einem Mietshaus stets die Allgemeinheit.²⁹ In der Regel nicht im öffentlichen Interesse liege demgegenüber die Abwehr von Gefahren, die nur die Person wegen ihrer individuellen Eigenschaften bedrohen oder die sich innerhalb eines befriedeten Besitztums auswirken.³⁰ Von diesem Grundsatz soll es nach allgemeiner Ansicht jedenfalls dann Ausnahmen geben bzw. es soll ein öffentliches Interesse abweichend gegeben sein, wenn „besonders hochwertige“ oder sonstige Rechtsgüter „in hohem Maße“ betroffen sind; die Formulierungen divergieren.³¹ Teilweise wird auch ein weitergehender, umfassender Ausnahmenkatalog entworfen; von anderer Seite wird ohne nähere Begründung oder Erläute-

²⁵ etwa Möller/Wilhelm, Allg. POR, 3. Auflage, S. 34f.; zwar mit der Forderung nach einem „öffentlichen Interesse“ aber in der Folge ohne konkrete Aussage in Bezug auf Inhalt bzw. Umfang für den Individualschutz Tettinger/Erbguth/Mann, BesVerwR, 9. Auflage, S. 175 Rn. 446 und Gusy, 6. Auflage, S. 38f. Rn. 81.

²⁶ etwa Schenke, POR, 5. Auflage, S. 27f. Rn. 56.

²⁷ teilweise wird auch der Individualschutz umfänglich unter den Vorbehalt eines eigens zu fordernden „öffentlichen Interesses“ gestellt, wobei dann die Subsidiarität polizeilichen Einschreitens offenbar als Ausnahme von diesem im Regelfall zu bejahenden Tatbestandsmerkmal gehandelt wird, vgl. Wolff/Bachof, VerwR III, 4. Auflage, S. 53 Rn. 17; Tettinger/Erbguth/Mann, BesVerwR, 9. Auflage, S. 175 Rn. 446; Habermehl, POR, 2. Auflage, S. 55 Rn. 95.

²⁸ Schenke, POR, 5. Auflage, S. 27f. Rn. 56; Wolff/Bachof, VerwR III, 4. Auflage, S. 52 Rn. 16; Möller/Wilhelm, Allg. POR, 3. Auflage, S. 34.

²⁹ Wolff/Bachof, VerwR III, 4. Auflage, S. 53 Rn. 16 m.w.N.; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, § 14 S. 229.

³⁰ Wolff/Bachof, VerwR III, 4. Auflage, S. 53 Rn. 17.

³¹ Wolff/Bachof, VerwR III, 4. Auflage, S. 53 Rn. 17; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, § 14 S. 229; wohl auch Tettinger/Erbguth/Mann, BesVerwR, 9. Auflage, S. 176 Rn. 449; Schenke, POR, 5. Auflage, S. 28 Rn. 57; Möller/Wilhelm, Allg. POR, 3. Auflage, S. 35; offenbar wird die „Wertigkeit betroffener Individualrechtsgüter“ auch bei Scholler/Schloer, Grundzüge des POR der BRepD, 4. Auflage, S. 63 als Ausnahme zu einem als „zu eng“ verstandenen öffentlichen Interesse geführt.

rung darauf verwiesen, dass in aller Regel ein „öffentliches Interesse“ vorliege.³²

Der Schutz privater Rechte wird bisweilen unter gleichen Voraussetzungen als Teil der öffentlichen Sicherheit³³, vereinzelt aber auch als selbständig neben ihr stehendes Schutzgut eingeordnet.³⁴ Das öffentliche Interesse soll sich dabei nach dem Subsidiaritätsgedanken bestimmen³⁵, der mitunter auch als Ausnahme zu den beschriebenen Formulierungen geführt wird.³⁶

Will man es mit den genannten Aussagen beim Erfordernis eines abstrakten „öffentlichen Interesses“ belassen, gewinnt die Auffassung eine Ausprägung, die insgesamt nicht mehr zeitgemäß erscheint.

Was den Schutz *privater Rechte* anbelangt, so wird nach verbreiteter Gesetzesfassung³⁷ ohnehin die subsidiäre Zuständigkeit der Polizei festgeschrieben, so dass es eines Wiederaufgreifens des Gedankens zur Begründung eines fehlenden öffentlichen Interesses im Rahmen der Generalklausel als Befugnisnorm schlicht nicht bedarf. Vergleichsweise fällt lediglich auf, dass die Polizei mitunter sogar berufen ist, den Schutz privater Rechte als Unterfall des Individualschutzes anstelle der an sich primär zuständigen Gerichte wahrzunehmen – sie mithin die Verwirklichung privatrechtlicher Ansprüche sichert. Es handelt sich dann um eine Ausnahme von der letztlich schon im Rechtsstaats- bzw. Gewaltenteilungsprinzip angelegten grundsätzlichen Subsidiarität polizeilichen Eingreifens gegenüber der Inanspruchnahme (zivil-)gerichtlicher Hilfe. Zwar ist hoheitliches Einschreiten zur Sicherung individueller Rechtsansprüche nach Maßgabe der jeweiligen Normierungen nur zulässig bzw. kann nur verlangt werden, wenn gerichtliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erwarten ist und die Geltendmachung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert würde. Allerdings stellt das Gesetz der Polizei in diesen Fällen erklärtermaßen den Schutz privater Rechte umfassend anheim

³² etwa Schenke, POR, 5. Auflage, S. 27 Rn. 56.

³³ etwa Habermehl, POR, 2. Auflage, S. 55; Schenke, POR, 5. Auflage, S. 25 Rn. 53; Wolff/Bachof, VerwR III, 4. Auflage, S. 53 Rn. 17.

³⁴ Gusy, 6. Auflage, S. 43 Rn. 90 und 92.

³⁵ etwa Habermehl, POR, 2. Auflage, S. 55 Rn. 95.

³⁶ etwa Wolff/Bachof, VerwR III, 4. Auflage, S. 53 Rn. 17.

³⁷ expressis verbis etwa in § 1 III HSOG, § 2 II PolG Baden-Württemberg, Art. 2 II bayPAG, § 1 IV ASOG Berlin, § 1 II PolG Brandenburg, § 1 II PolG Bremen, § 1 III SOG Niedersachsen, § 1 II PolG Nordrhein-Westfalen, § 1 III POG Rheinland-Pfalz, § 1 III PolG Saarland, § 1 II SOG Sachsen-Anhalt, § 2 II PolG Sachsen, § 162 II LVwG Schleswig-Holstein, § 2 II PAG Thüringen, § 1 II MEPolG.

– es differenziert inhaltlich die Zuständigkeit also nicht nach der individuellen Situation.³⁸

Beim *Individualrechtsgüterschutz* erscheint zunächst einmal eine Differenzierung nach einem bestehenden oder nicht bestehenden „öffentlichen Interesse“ in der Ergebnismessung wenig überzeugend, wenn man ein solches Interesse – wie der obigen Formulierung zu entnehmen ist – bei einem individuellen Gepräge der Situation im Grundsatz ablehnen will. Die Notwendigkeit einer Korrektur wird hier mitunter von vorneherein unübersehbar: Befindet sich das Eigentum eines hilfsbedürftigen Einzelnen³⁹ (etwa im Falle einer drohenden Lawine oder Überschwemmung) nur deshalb in einer gefährlichen Lage, weil er im Gegensatz zu anderen Betroffenen aufgrund seines persönlichen Zustands oder einer bei ihm individuell vorliegenden körperlichen Behinderung den Ort des Geschehens nicht schnell genug verlassen bzw. es retten kann, so vermag nicht einzuleuchten, dass die Polizeibehörden statt im Grundsatz erst über die „besondere Hochwertigkeit der betroffenen Individualrechtsgüter“ oder „das Maß ihrer Betroffenheit“ zum Eingreifen ermächtigt sein sollen⁴⁰ – wenn überhaupt. Solches passt schon auf den ersten Blick nicht zu einer Polizei, die im modernen sozialen Rechtsstaat ihrem Selbstverständnis gemäß als „Freund und Helfer“ auftritt bzw. auftreten soll. Ist die Polizei sachlich, zeitlich und personell in der Lage, ein bedrohtes Rechtsgut im Rahmen ihrer Zuständigkeit zu schützen, darf sie hiervon nicht absehen, nur weil das Rechtsgut nicht hochwertig genug erscheint.⁴¹ Auch ergeben sich Bedenken, wenn eine Betrachtung im Lichte des gegenüber dem Polizeirecht höherrangigen Gleichbehandlungsgrundsatzes angestellt wird. Zum einen erfüllt im direkten Vergleich die Variante mit Besorgnis, dass es sich bei dem Betroffenen im Beispielsfall nicht um einen körperlich oder geistig Behinderten handelt und die Situation deshalb kein spezifisch individuelles Gepräge hat. Dann wäre die Polizei nach

³⁸ derartige Fallgestaltungen werden von Wolff/Bachof, VerwR III, 4. Auflage, S. 53 Rn. 17 denn auch als Befugnissschranke neben dem Erfordernis eines „öffentlichen Interesses“ geführt.

³⁹ hilfsbedürftig kann der Einzelne einerseits sein, wenn er Hilfe gegen eine äußere Gefahr gerade anstrebt, aber andererseits mitunter auch dann, wenn er sich dieser Gefahr im Wege der Selbstgefährdung aussetzt; zu den Voraussetzungen vgl. **Abschnitt III**.

⁴⁰ so aber offenbar Schenke, POR, 5. Auflage, S. 28 Rn. 57; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, § 14 S. 229; ähnlich Wolff/Bachof, VerwR III, 4. Auflage, S. 53 Rn. 17.

⁴¹ Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, S. 246.

der eingangs beschriebenen pauschalen Formulierung sogar im Grundsatz zur Hilfeleistung ermächtigt bzw. ggf. verpflichtet. Die bestimmte Einzelperson wäre in diesem Fall schließlich wieder betroffen, „wie jede andere Person es an ihrer Stelle wäre“. Zum anderen darf die Polizei bei einer Korrektur nach Maßgabe der „Wertigkeit“ jedenfalls von vorneherein nicht bloß den objektiven Sachwert beurteilen, sondern muss stets auch eine sachbezogene subjektive Betrachtung im Einzelfall einbeziehen. Sie kann schließlich nicht den Oberklassewagen des Millionärs und damit dessen Eigentum zu bewahren haben, demgegenüber aber den gleichermaßen bedrohten vergleichsweise wertlosen Seesack des Landstreichers mit all seinen Habseligkeiten nicht zu ihrem „Aufgabenbereich“ zählen. Es besteht hier unnötig die Gefahr, dass ein konsequentes Vorgehen – zumal in der polizeitypischen „Ex-ante-Betrachtung“ – zu Problemen und Unstimmigkeiten führt, wenn man ein „öffentliches Interesse“ an der „individuellen Betroffenheit“ festmachen und darüber hinaus nur „im Zweifel“ annehmen will.

Ferner stellt sich die Frage, ob der individuelle Charakter einer Situation sich nur wie im obigen Beispiel nach den äußeren Umständen richtet oder ob nicht ebenso in der jeweiligen Person begründete innere Vorgänge einen solchen bewirken können. Die getroffenen Formulierungen geben hierüber keinen Aufschluss und somit auch nicht Anlass, entgegen allgemeinem Verständnis den Begriff der „Individualität“ auf äußere Vorgänge zu reduzieren. Will man diesen Gedanken weiterverfolgen, erweist sich ein wie beschrieben verstandenes „öffentliches Interesse“ aber gerade in Bezug auf die Fälle eines Einschreitens gegen Selbstgefährdung als gänzlich unstimmiger Ausgangspunkt – obwohl hierin mitunter seine Hauptbedeutung⁴² gesehen wird: So wird etwa die „Errettung eines Selbstmörders“ überwiegend als Paradebeispiel des rechtmäßigen Eingreifens in eine Selbstgefährdung angesehen.⁴³ Hierbei wird man den Selbsttötungsversuch jedoch immer als eine in höchstem Maße von persönlichen Wesensmerkmalen und der inneren Lebenseinstellung abhängende Entscheidung ansehen müssen. Eine Möglich-

⁴² Schenke, POR, 5. Auflage, S. 27 Fußnote 49; Möller/Wilhelm, Allg. POR, 3. Auflage, S. 35.

⁴³ Schenke, POR, 5. Auflage, S. 28 Rn. 57; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, § 14 S. 230; Wolff/Bachof, VerwR III, 4. Auflage, S. 53 Rn. 17; Tettin-ger/Erbguth/Mann, BesVerwR, 9. Auflage, S. 176 Rn. 449; zum Problem ausführlich unter **III.3.**

keit zur Verallgemeinerung in dem Sinne, dass ein jeder in derselben privaten Situation gegen das Leben entschieden und sich somit in gleicher Gefahr befunden hätte, gibt es nicht. Konsequenterweise wird man dann darüber hinaus eine Selbstgefährdung an eigenen Rechtsgütern immer notwendig mit einer bestimmten individuell vorhandenen inneren Lebenseinstellung zu Gefahr und Risiko verknüpft sehen müssen. Es darf behauptet werden, dass ein „öffentliches Interesse“ nach obigem Verständnis im Grundsatz kaum jemals möglich wäre, wenn nicht zugleich sonstige Schutzgüter außerhalb der Person bedroht werden. Reine Selbstgefährdung⁴⁴ würde mangels Bezug zur Allgemeinheit *grundsätzlich* und gerade unabhängig von einer individuellen Hilfsbedürftigkeit aus dem polizeilichen Aufgabenfeld bzw. der Generalklausel ausscheiden, obwohl ihre Bewältigung systematisch (auch) bereits in anderen, spezielleren Normen Niederschlag gefunden hat – so etwa in § 32 I Nr. 1 HSOG.⁴⁵

Dieses Ergebnis ist so nicht gewollt. Es wird teilweise durch umfangreiche Korrekturen und Ausnahmen vermieden⁴⁶; mitunter wird einfach festgestellt, dass ein „öffentliches Interesse“ regelmäßig zu bejahen sei.⁴⁷ Wenn aber die Formulierungen untauglich sind bzw. die Ausnahme zur Regel werden lassen, so stellt sich damit die Frage nach dem verbleibenden Gehalt eines im genannten Sinne verstandenen „öffentlichen Interesses“ als Ausgangspunkt und damit letztlich auch die Frage nach seiner Daseinsberechtigung insgesamt. Das gebetsmühlenartige Klammern an einem sinn- und zweckentleert wirkenden Grundsatz erscheint nicht nur überflüssig, sondern auch dogmatisch bedenklich.

Das Kriterium des „öffentlichen Interesses“ kann daher unter den Gesichtspunkten der Individualität und Repräsentativität – Stellvertretung für eine unbestimmte Allgemeinheit – mit den genannten Formulierungen nicht befriedigend abgegrenzt werden.⁴⁸

⁴⁴ zum Begriff siehe den **II. Abschnitt**.

⁴⁵ ausführlich dazu im **V. Abschnitt** unter Punkt **1.b).bb).(1).**

⁴⁶ siehe z.B. Woff/Bachof, Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Auflage, S. 53 Rn. 17.

⁴⁷ Schenke, POR, 5. Auflage, S. 27f. Rn. 56.

⁴⁸ im Ergebnis ebenso Denninger in Lisken/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 311 Rn. 30.

(2) Kriterium einer „Ausstrahlung in die Öffentlichkeit“

Vereinzelt wird zur Herleitung eines öffentlichen Interesses auch darauf abgestellt, ob die Gefährdung „in die Öffentlichkeit ausstrahle“.⁴⁹ Die Grenzziehung sei im Einzelfall freilich schwierig.⁵⁰ Jedenfalls werde man ein „öffentliches Interesse“ grundsätzlich bejahen müssen, wenn sich die Gefährdung individueller Güter vor den Augen zumindest einer begrenzten Öffentlichkeit abspielt.⁵¹ Auch hier wird jedoch bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen eine Korrektur im Falle von Gefahren für Leib und Leben befürwortet.⁵²

Es stellt sich zunächst die Frage, wie die Formulierung „Ausstrahlung in die Öffentlichkeit“ zur Begründung eines „öffentlichen Interesses“ zu verstehen ist bzw. welche Möglichkeiten der Auslegung sich diesbezüglich anbieten. Wie zuvor bei Zugrundelegung des Abgrenzungskriteriums der „Individualität“ kann auch hier mit den Gesichtspunkten eines „äußeren und inneren“ situativen Gepräges argumentiert werden.

Einerseits könnte die Formulierung so aufgefasst werden, dass allein die sinnliche Wahrnehmung der für den Einzelnen gefährlichen Situation durch Dritte entscheidend ist. Dann wäre weiterhin danach zu fragen, ab welcher Anzahl von Menschen man eine „begrenzte Öffentlichkeit“ wird annehmen können bzw. ob nicht bereits die bloß potentielle Wahrnehmbarkeit der Situation durch Dritte ausreicht. Auch könnte das Merkmal noch strenger in räumlicher Dimension bzw. im Sinne einer äußeren Abtrennbarkeit des Geschehens verstanden werden.

Andererseits wäre auch eine Einschätzung in der Weise denkbar, dass weniger die Anzahl der wahrnehmenden Personen oder deren klare Abschirmung nach außen als vielmehr ihre innere Geschlossenheit den Unterschied zwischen Privatsphäre und Öffentlichkeit ausmachen. Ähnlich der Abgrenzung

⁴⁹ Habermehl, POR, 2. Auflage, S. 56 Rn. 97; vgl. auch die in Bezug auf die Öffentliche Ordnung angestellten polizeirechtlichen Erwägungen bei Model/Müller, Art. 2 Rn. 22; ähnlich auch Möller/Wilhelm, Allg. POR, 3. Auflage, S. 35, wobei allerdings auch das zuerst beschriebene „Individualitätskriterium“ genannt wird; zwar mit der Forderung nach einem „öffentlichen Interesse“ aber in der Folge ohne konkrete Aussage in Bezug auf Inhalt bzw. Umfang für den Individualschutz Tettinger/Erbguth/Mann, BesVwR, 9. Auflage, S. 175 Rn. 446 und Gusy, 6. Auflage, S. 38f. Rn. 81.

⁵⁰ Habermehl, POR, 2. Auflage, S. 56 Rn. 97.

⁵¹ Möller/Wilhelm, Allg. POR, 3. Auflage, S. 35.

⁵² Habermehl, POR, S. 56 Rn. 97; ähnlich auch Möller/Wilhelm, Allg. POR, 3. Auflage, S. 35.

zwischen Ver- und bloßer Ansammlung⁵³ könnte man einen die Wahrnehmung tragenden gemeinsamen Zweck der Anwesenheit in den Mittelpunkt stellen. Liegt dieser vor, könnte eine „Ausstrahlung in die Öffentlichkeit“ und damit ein „öffentliches Interesse“ wegen des inneren Zusammenhalts und der Unterscheidbarkeit im Verhältnis zu Außenstehenden abzulehnen sein.

Unabhängig davon, ob man im Schwerpunkt eine „äußere bzw. räumliche“ oder eine „innere“ Sichtweise zugrundelegen will, könnte aber jeweils auch eine im Einzelfall mögliche oder fehlende Erweiterbarkeit des wahrnehmenden Personenkreises (ggf. ergänzend) zum Abgrenzungskriterium erhoben werden.⁵⁴ Mitunter ließen sich damit auf den ersten Blick wohl auch akzeptable Ergebnisse erzielen: So könnte man polizeiliches Einschreiten gegen sich selbst oder gegenseitig gefährdende professionelle Zirkusartisten zunächst mit der Argumentation für unzulässig halten, dass die Gefährdung nur vom Publikum als einem sowohl räumlich durch das Zirkuszelt wie auch innerlich durch das Interesse an der Vorstellung klar abgegrenzten Personenkreis wahrgenommen werde. Dieser könne sich auch nicht unbegrenzt nachträglich erweitern, da nach Beginn des Programms grundsätzlich kein Einlass mehr gewährt wird. Bei der Gefährdung könnte es sich deshalb ausschließlich um das „Privatvergnügen“ der Zuschauer handeln, das nicht in die „Öffentlichkeit ausstrahlt“ - im Gegensatz etwa zu der auf einem belebten öffentlichen Platz dargebotenen Artistikvorführung eines Aktionskünstlers.

Allerdings vermag keine der genannten Möglichkeiten einer Inhaltsbestimmung der Begrifflichkeit endgültig zu überzeugen.

Auch hier ergeben sich deutliche Irritationen bei der Ergebnisgewinnung. Will man wieder das Beispiel des (durch Lawine oder Überschwemmung) bedrohten Eigentums anführen, so wird der Betroffene bei unbefangenen Verständnis schließlich nicht dadurch „schutzunwürdiger“, dass er sich den Naturgewalten unbemerkt oder von einem „johlenden aber abgegrenzten

⁵³ der Zweckbegriff ist im einzelnen strittig, vgl. dazu etwa Model/Müller, Art. 8 Rn. 2.

⁵⁴ eine so verstandene „Ausstrahlung in die Öffentlichkeit“ würde an die vom EuGH zur „Individuellen Betroffenheit“ im Rahmen der Zulässigkeit einer Nichtigkeitsklage nach Art. 230 IV EG entwickelte Plaumann-Formel erinnern; stRspr. vgl. EuGHE 1963, 213 (238); Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, Art. 230 Rn. 28.

Publikum“ beobachtet aussetzt und somit auch auf private Fremdhilfe nicht wird hoffen können – im Gegenteil.

Betont man zudem die Gewährung öffentlicher Sicherheit als Staatsaufgabe⁵⁵, so kann nicht einleuchten, warum vielleicht überaus verbreitete und sogar gemeingefährliche Praktiken oder Zustände nur deshalb unbeachtlich sein sollen, weil sie „inkognito“ vonstatten gehen. Es kann etwa vorkommen, dass Kinder – wie dies leider immer wieder mit oder ohne Wissen der Eltern geschieht – in den Familien Gesundheitsgefahren⁵⁶ durch in diversen Spielzeugartikeln enthaltene Giftstoffe ausgesetzt sind. Auch hier versagt der Grundsatz ebenso wie beim Kriterium der „Individualität“ und muss über eine „Wertigkeitsargumentation“ bzgl. der betroffenen Individualrechtsgüter aufgebrochen werden. Es greifen die bereits im Zusammenhang mit dem „Kriterium der Individualität“ vorgebrachten Bedenken.

Letztlich erscheint eine Abgrenzung also inhaltlich nicht klar genug durchführbar – trotz unterschiedlicher Möglichkeiten der Annäherung an das Merkmal: So könnte etwa bei konsequentem Verständnis die Gefährlichkeit einer *de lege artis* dargebotenen Zirkusvorführung möglicherweise allein durch das lüftungsbedingte Anheben einer Zirkuszeltplane und die damit verbundenen Blicke vorbeigehender Passanten polizeirechtlich relevant werden – ebenso wie der Schutz einer durch Flut bedrohten, abgelegenen Strandhütte schon im Grundsatz allein infolge der Tatsache, dass plötzlich Spaziergänger auf dem Deich erscheinen oder auch nur erscheinen könnten. Ein in diesem Sinne fragwürdiger oder aber ständig korrekturbedürftiger Grundsatz wirft die Frage nach seiner Berechtigung auf.

(3) Zusammenfassung und Fazit

Insgesamt bleibt also Folgendes festzuhalten: Wo der Grundsatz der Subsidiarität polizeilichen Handelns geregelt ist und daher bereits die Zuständigkeit der entsprechenden Stellen ausschließt, bedarf es insoweit keines Rück-

⁵⁵ dazu Möstl, S. 37ff. und S. 656ff..

⁵⁶ eine Ausdehnung der polizeilichen Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit auf sogenannte Kollektivrechtsgüter wie etwa die Volksgesundheit soll an dieser Stelle nicht diskutiert werden, dafür Knemeyer, POR, 11. Auflage, S. 72 Rn. 100; dagegen Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 5. Auflage, S. 124f. Rn. 8 und 9; sie wäre in Kohärenz zu den Ausführungen unter II. und VI. abzulehnen.

griffs auf eine einschränkende Auslegung der polizeirechtlichen Generalklausel als Befugnisnorm.⁵⁷

Ferner wird ersichtlich, dass die in der Literatur bei der Auslegung des Begriffs „öffentlich“ gefundenen Formulierungen auch im Übrigen weder systematisch noch in der Ergebnismessung überzeugen können. Sie bringen in dieser Form kein überzeugendes Grundsatzkriterium zur Bewältigung von Selbst- oder Fremdgefährdungsfällen hervor.

In den Ausführungen spiegelt sich vielmehr deutlich das „Dilemma“ der „traditionellen Auffassung“: Ein Schutz des Einzelnen ausschließlich in einem zusätzlich zu prüfenden „öffentlichen Interesse“ läuft in den relevanten Fallgestaltungen⁵⁸ vielfach in letzter Konsequenz bedenklich auf einen ausschließlichen Schutz übergeordneter und formal eigens zu prüfender öffentlicher Interessen selbst hinaus. Deutlich wird dies gerade im Zusammenhang mit dem Abstellen auf eine „Ausstrahlung in die Öffentlichkeit“. Gefährdet sich ein Einzelner oder tun dies Einzelne untereinander, so werden sie nicht per se selbst und auch nicht notwendig als Repräsentanten der Allgemeinheit, sondern es wird letztlich vielfach eher die Allgemeinheit vor ihnen bzw. vor der „Ausstrahlung“ ihres Verhaltens geschützt.⁵⁹

Dadurch ergeben sich Diskrepanzen sowohl in polizeirechtlicher als auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht.

Zum einen darf nicht vergessen werden, dass schon die Generalklausel teilweise ausdrücklich, teilweise auch erst im Wege anerkannter Auslegung einen Schutz des Individuums umfasst, der den Ausgangspunkt statt die Ausnahme darstellt. Dass hier keine Differenzierung vorzunehmen ist, bestätigt sich vergleichsweise durch die Einbeziehung der „Grundrechte“ in Art. 2 S. 2 bayPAG als nicht etwa zusätzliche, sondern „insbesondere“ geschützte in-

⁵⁷ im Ergebnis ebenso Möstl, S. 135f..

⁵⁸ zu den verbleibenden Fallgestaltungen des Individualschutzes im Rahmen der Generalklausel und dessen Relevanz überhaupt vgl. unten unter **I.4.** sowie unter **II.**

⁵⁹ in diesem Zusammenhang sei zum Beispiel auf die Ausführungen zu sogenannten „privaten Fightclubs“ unter **II.1.** und **III.4.** verwiesen: Würde man hier etwa das Kriterium einer „Ausstrahlung in eine begrenzte Öffentlichkeit“ zugrundelegen, so würde man die Kämpfe ohne Ansehung der im Einzelfall am Kampf Beteiligten untersagen können, wenn – wie im Beispielsfall – ein wechselndes Publikum von Kindern anwesend ist. In Entsprechung zu der unter **III.4.** vertretenen Ansicht zum Menschenwürdeschutz würden damit jedoch wohl nicht mehr die Kämpfer, sondern eher der „moralische Zustand des Gemeinwesens“ geschützt.

dividuelle Rechte; da Private lediglich die Grundrechtsgüter, nicht aber die Grundrechte verletzen können, kann hier nur der Schutz der Grundrechts- bzw. Individualrechtsgüter in seiner Gesamtheit gemeint sein.⁶⁰ Im Kontrast hierzu steht die „traditionelle Auffassung“, deren Grundsatzformulierungen zu einem „öffentlichen Interesse“ nicht darüber hinwegtäuschen können, dass sich der „reine Schutz der Person selbst“ faktisch in der Bewahrung „hochwertiger“ Rechtsgüter bzw. der Allgemeinheit zu erschöpfen hätte, was in dieser Deutlichkeit freilich nicht ausgesprochen wird.

Ein eigens nachzuweisendes „öffentliches Interesse“ ist zum anderen als Kriterium in diesem Zusammenhang von vorneherein schwer erfassbar – nicht zuletzt deshalb ergeben sich Unstimmigkeiten bei der Ausformulierung klarer Anforderungen. Dies muss vor allem deshalb nachdenklich stimmen, weil es sich beim Individualschutz um einen sensiblen Bereich staatlicher Gewährleistung handelt, in dem der Staat Aufgaben zu erfüllen hat. Es wird in bedenklicher Art und Weise ersichtlich, dass die Auffassung einem „gewandelten“ verfassungsrechtlichen Staats- und Sicherheitsverständnis in der pluralistischen Gesellschaft nicht mehr entspricht. Die im Grundsatz umfassende Gewährleistung von Sicherheit als eine Hauptlegitimation des Staates⁶¹ stellt hier als eigene Allgemeinwohlgröße nämlich den Ausgangspunkt staatlichen Handelns statt eine nur ausnahmsweise im Allgemeininteresse bestehende Schutzmöglichkeit dar – dazu nunmehr auch **I.3.bb).**

(bb) Die „neuere Auffassung“ – eine Konsequenz aus der staatlichen Sicherheitsaufgabe zum Schutz des Einzelnen und den grundrechtlichen Schutzpflichten

Nach der Gegenauffassung unterfällt der Individualschutz der öffentlichen Sicherheit, ohne dass in dem Attribut „öffentlich“ ein einschränkendes Tatbestandsmerkmal zu erblicken wäre.⁶² Es handele sich von vorneherein um

⁶⁰ Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, S. 236.

⁶¹ vgl. „Ohne Wenn und Aber“ – Der Präsident des Bundesverfassungsgerichts Hans-Jürgen Papier über die Herausforderungen des internationalen Terrorismus, das Folterverbot und die Grenzziehung zwischen Freiheit und Sicherheit, Der Spiegel 3/2008 vom 14.01.08, S. 26; siehe auch Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 26.

⁶² ausdrücklich Schoch in Schmidt-Aßmann/Schoch, BesVerwR, 14. Auflage, S. 183 Rn. 73; Götz, Allg. POR, 14. Auflage, S. 22 Rn. 19; Möstl, S. 135; Pie-

einen Gegenstand der Gefahrenabwehr und es werde für ein Eingreifen der Polizei und Ordnungsverwaltung zur Verhinderung von Verletzungen nicht zusätzlich ein „öffentliches Interesse“ verlangt.⁶³

Begründet wird dies mit einer Beurteilung aus der Perspektive des Verfassungsrechts und der staatlichen Sicherheitsaufgabe. Sehe man mit der gefestigten Rspr. des BVerfG⁶⁴ in den Grundrechten zugleich den Ausdruck einer objektiven Werteordnung und bejahe auf dieser Grundlage eine objektivrechtliche Pflicht der Staatsorgane zum Schutz der grundrechtlich gesicherten Individualrechtsgüter, dann sei bei deren Gefährdung das „öffentliche Interesse“ grundsätzlich immer berührt und nicht eigens zu prüfen.⁶⁵ Der in den grundrechtlichen Schutzpflichten fundierte Schutz stelle dabei ein Herzstück staatlicher Sicherheitsgewährung dar.⁶⁶ Mit ihm als Staatsaufgabe sei es unvereinbar, den Begriff der öffentlichen Sicherheit dahingehend ausulegen, dass der Schutz der grundrechtlich vorgegebenen, primären Schutzgüter nicht an sich, sondern nur unter dem Vorbehalt eines hinzukommenden „öffentlichen Interesses“ Teil der polizeilichen und ordnungsbehördlichen Sicherheitsaufgabe wäre.⁶⁷

(1) Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten als „Herzstück staatlicher Sicherheitsgewährleistung“⁶⁸ im Überblick

Freilich bedarf es an dieser Stelle einleitend einer kurzen Befassung mit der Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten. Der Gedanke lässt sich mit der in stRspr des Bundesverfassungsgerichts praktizierten Herleitung zunächst auf eine kurze Formel bringen: Der Staat hat die Grundrechte nicht nur selbst zu achten, sondern sich überdies auch dort schützend und fördernd vor die Grundrechte zu stellen, wo der Einzelne sich nicht mit eigenen Mitteln zumutbar behelfen kann oder darf und deshalb staatlichen Schutz

roth/Schlink/Kniesel, POR, 5. Auflage, S. 131 Rn. 24ff.; Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, S. 239; wohl auch Kugelman, POR, S. 142 Rn. 57; wohl auch Knemeyer, POR, 11. Auflage, S. 72 Rn. 100.

⁶³ Götz, Allg. POR, 14. Auflage, S. 22 Rn. 19.

⁶⁴ vgl. etwa BVerfGE 7, 198 (205); 35, 79 (114); 39, 1 (41); 53, 30 (57); 77, 170 (214); 96, 56 (64); vgl. auch unten unter III.2..

⁶⁵ Denninger in Lisken/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 311f. Rn. 30; im Ergebnis ebenso Möstl, S. 657.

⁶⁶ Möstl, S. 135.

⁶⁷ Möstl, S. 135; nach BVerfGE 49, 24 (57) leitet der Staat aus der Gewährleistung von Sicherheit seine „eigentliche und letzte Rechtfertigung her“.

⁶⁸ mit dieser Formulierung Möstl, S. 25ff..

benötigt.⁶⁹ Hierdurch kann sich im Einzelfall auch ein gegen den Staat gerichteter Anspruch auf das „positive Tun des Abwehrens“ bzw. eine gleichgerichtete Pflicht ergeben. Zur Begründung verweist das Gericht auf die Schutzdimension der Grundrechte in der durch die Grundrechtsnormen aufgerichteten objektiven Werteordnung⁷⁰. Schutzpflichten des Staates haben dabei zwar bislang vor allem im Zusammenhang mit Art. 2 II GG Bedeutung erlangt, bleiben jedoch keineswegs darauf beschränkt.⁷¹ Heute sind sie zumindest für alle besonderen Freiheits- und Gleichheitsrechte anerkannt⁷² und kamen so etwa bei Urteilen zu Art. 4 I GG⁷³, Art. 6 I und II GG⁷⁴, Art. 7 IV GG⁷⁵, Art. 12 II 2 GG⁷⁶, Art. 13 I GG⁷⁷, Art. 19 IV GG⁷⁸ oder Art. 103 I GG⁷⁹ zum Tragen.

Eine andere Herleitung vertritt Möstl, der auf das „freiheitssichernde Wesen“ der Grundrechte an sich abstellt: „Die grundrechtlichen Schutzpflichten basieren auf dem Gedanken, dass die Grundrechte ihre Funktion, Gewährleistung von Freiheit zu sein, nicht allein erfüllen können, indem sie als

⁶⁹ vgl. etwa BVerfGE 39, 1 (42); BVerfGE 46, 160 (164); BVerfGE 56, 54 (73ff.).

Umstritten ist, ob grundrechtliche Schutzpflichten in ihrer Reichweite nur gegen Beeinträchtigungen des Schutzgutes durch private Dritte in Stellung gebracht werden können – so Isensee in Isensee/Kirchhof, Hdb. des Staatsrechts, Band V, § 111 Rn. 112; Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 231ff. – oder ob sie auch einen Schutz gegen Naturkatastrophen bewirken können – so Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, S. 124, 127, 192; Stern, Staatsrecht, Bd. III, 1. Halbband, § 67 S. 735f.; Unruh, S. 22f..

Vor dem Hintergrund des der Herleitung zugrunde liegenden umfassenden Sicherheitsgedankens weist Stern, Staatsrecht, Bd. III, 1. Halbband, § 67 S. 735f. hingegen zutreffend darauf hin, dass Naturkatastrophen für den Einzelnen ebenso bedrohend sein können wie das Verhalten anderer. Eine Aufspaltung des Sicherheitsgedankens in einen Schutz vor privaten Dritten und einen im Sozialstaatsprinzip verankerten Schutz vor Naturkatastrophen und Notlagen – vgl. Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 231ff. – erscheint hier schwierig und überdies wenig sinnvoll.

⁷⁰ beispielsweise BVerfGE 53, 30 (57); zustimmend Maihofer in Benda/Maihofer/Vogel, Hdb. des Verfassungsrechts, 2. Auflage, § 12 Rn. 129; auch wenn das BVerfG bisweilen die „objektive Werteordnung“ nicht mehr ausdrücklich nennt, etwa BVerfGE 46, 160 (164), so findet sich immerhin noch ein Hinweis auf den „objektiv-rechtlichen Gehalt der Schutzpflicht“, etwa BVerfGE 56, 54 (73).

⁷¹ Stern, Staatsrecht, Bd. IV, 1. Halbband, § 97 S. 69.

⁷² BVerwGE vom 27.04.1989, Az. 3 C 4/86 = BVerwGE 82, 45 (49): „...alle Grundrechte...“; BVerfG in JA 1995, 839 (841); vgl. auch OVG Hamburg NJW 1977, 1254f. für den Fall des ungehinderten Vorlesungsbesuchs studierwilliger Studenten bei der Blockade von Lehrveranstaltungen; Möstl, S. 128 m.w.N. und 135; kritisch Berg Rn. 68, 421.

⁷³ vgl. BVerfGE 12,1 (4); 12, 45 (53f.); 32, 98 (108); 33, 23 (32); 35, 366 (376); 48, 127 (163ff.).

⁷⁴ vgl. BVerfGE 10, 59 (81); 24, 119 (144); 57, 361 (382f.); 72, 155 (172).

⁷⁵ vgl. BVerfGE 75, 40 (62).

⁷⁶ vgl. BVerfGE 74, 102 (120); 83, 119 (126).

⁷⁷ vgl. BVerfGE 32, 54 (72); 51, 97 (110).

⁷⁸ vgl. BVerfGE 6, 32 (36); 61, 126 (137).

⁷⁹ vgl. BVerfGE 7, 275 (279); 9, 89 (95); 26, 66 (71); 30, 1 (27); 63, 332 (337).

Abwehrrechte gegen den Staat fungieren, sondern dass grundrechtliche Freiheit [...] des staatlichen Schutzes auch gegen nichtstaatliche Störungen bedarf.⁸⁰ [...] Die Schutzpflichten wollen dem positiven Zusammenhang von Sicherheit und Freiheit, d.h. der Tatsache, dass aus der Sicht ein und desselben Grundrechtsträgers Sicherheit ein Aspekt von Freiheit ist, Rechnung tragen ...⁸¹“.

Damit ist letztlich die Grundsatzfrage⁸² nicht nur nach dem juristischen, sondern einem inhaltlichen Freiheitsverständnis im übergreifenden Sinne aufgeworfen und der Standpunkt eingenommen, dass nicht das völlige oder weitgehende Fehlen staatlicher bzw. sozialer Struktur, sondern erst ihre verhältnismäßige Ausbalancierung ein Optimum an Freiheit für jeden Einzelnen gewährleistet. Soweit ersichtlich, findet der Ansatz ein philosophisches Pendant unter anderem in den von Odo Marquard⁸³ in Anlehnung an die Gewaltenteilungslehre zu „Freiheit und Pluralität“ vorgebrachten Überlegungen: „Jedes Determinationsplus bringt Freiheit. [...] Es ist für die [...] Freiheit wesentlich, dass nicht nur eine, sondern – pluralistisch konkurrierend, einander durchkreuzend und dadurch wechselseitig einander balancierend – eine Mehrzahl solcher Potenzen wirkt.“ Die Herleitung Möstls erweist sich vor diesem Hintergrund als durchaus überzeugend und für die späteren Überlegungen mit (engerem) Bezug zur Selbstgefährdungssproblematik anschlussfähig.⁸⁴ Die Interdependenz zwischen Freiheit und Sicherheit zeigt sich – dies sei hier beiläufig erwähnt – nämlich auch umgekehrt: Begreift man Sicherheit als „die Gewissheit der gesetzmäßigen Freiheit“, so kann zu ihrer Erhaltung das nicht notwendig sein, was gerade die Freiheit als Grundlage und mithin auch die Sicherheit aufhebt.⁸⁵ Damit sei klarge-

⁸⁰ so Möstl, S. 657; kritisch zur Herleitung durch das BVerfG auch Isensee in Isensee/Kirchhof, Hdb. des Staatsrechts, Band V, § 111 Rn. 81f..

⁸¹ Möstl, S. 113; mit der Betonung einer „Mehrdimensionalität des Freiheitsproblems“ auch Schuppert, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, S. 26f.; Meßerschmidt, Gesetzgebungsermessen, S. 1074 und 1075: „Gesetze wirken nicht nur freiheitslimitierend, sondern beinahe ebenso oft freiheitsermöglichend.“

⁸² vgl. auch Meßerschmidt, Gesetzgebungsermessen, S. 376f. m.w.N..

⁸³ Marquard, Skepsis in der Moderne – Philosophische Studien, S. 109ff. und besonders S. 118ff..

⁸⁴ dazu im **III. Abschnitt**.

⁸⁵ von Humboldt, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, S. 118f.; wenngleich kritisch zu „immer neuen Grundrechtsinterpretationen“, ist auch Wolfgang Kersting in „Sozialstaatliche Freiheitsgefährdung“, FAZ vom 7. Juni 2008 (Nr. 131), S. 15, der Ansicht, dass „Ordnung eine anthropologische Uner-

stellt, dass beide Prinzipien nicht unabhängig voneinander bestimmt werden können, und somit einer Ausweitung sicherheitsorientierter Eingriffsbefugnisse ohne angemessener Beachtung der abwehrrechtlichen Freiheit als ihrer ureigentlichen Legitimationsgrundlage ein Riegel vorgeschoben.⁸⁶ In diesem Sinne weist auch Borowski⁸⁷ darauf hin, dass zwar die Annahme grundrechtlicher Schutzpflichten zu mehr Grundrechtskollisionen, nicht aber zu „Rechtsunklarheit und einem Grundrechtswirrwarr“⁸⁸ führe; im Gegenteil werde so in positivem Sinne eine Entscheidung auf höchstmöglichem analytischen Niveau ermöglicht.

Unabhängig davon, welcher Herleitungsvariante man folgen will, ist dem Schutzpflichtgedanken vereinzelt vorgeworfen worden, ein Verständnis der Schutzpflichten als justiziable Gewährleistung und subjektive Rechtszuweisung müsse zu einer Schwächung der klassischen Abwehrfunktion der Grundrechte und so zu einem Verlust an Freiheitlichkeit führen.⁸⁹ Auch sei in jedem Fall klärungsbedürftig, wann dem einzelnen genau subjektive durchsetzbare Rechte aus den Schutzpflichten zukommen bzw. die objektivrechtlichen Schutzpflichten subjektiviert werden können.⁹⁰ Allenfalls sei der Gesetzgeber unter näher zu konkretisierenden Voraussetzungen schutzberechtigt⁹¹, da ansonsten der Weg vom „parlamentarischen Gesetzgebungsstaat“ zum „verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat“ beschleunigt werde.⁹²

Dieser Kritik wird verbreitet mit einer detaillierten Ausgestaltung des Unterraßverbots als einer Spielart des Verhältnismäßigkeitsprinzips begegnet.⁹³ Wie dieses wurzele es in dem allgemeinen rechtsstaatlichen Gedanken

lässlichkeit“ ist und diese Ordnung als „Ordnung der Freiheit verstanden und entwickelt werden muss“.

⁸⁶ kritisch zur aktuellen Sicherheitspolitik Hirsch in ZRP 2008, 24ff..

⁸⁷ Borowski, S. 261 [in Bezug auf normative Fragen].

⁸⁸ so aber Kloepfer in FS Lerche, S. 764.

⁸⁹ etwa Gusy, 6. Auflage, S. 35 Rn. 73ff.; kritisch auch Wolfgang Kersting in „Sozialstaatliche Freiheitsgefährdung“, FAZ vom 7. Juni 2008 (Nr. 131), S. 15.

⁹⁰ Stern, Staatsrecht, Bd. III, 1. Halbband, § 67 S. 742ff. und § 69 S. 978ff.; Isensee in Isensee/Kirchhof, Hdb. des Staatsrechts, Band V, § 111 Rn. 183ff..

⁹¹ Gusy, 6. Auflage, S. 37 Rn. 76.

⁹² Böckenförde in Der Staat, Bd. 29 (1990), 1 (24ff.); vgl. auch Hesse in FS Mahrenholz, 541 (553ff.); Denninger in FS Mahrenholz, 561 (566ff.).

⁹³ ausführlich Möstl, S. 658 und 100ff. m.w.N.; siehe auch BVerfGE 77, 170 (214); 79, 174 (202); 88, 203 (251ff.); 92, 26 (46); 96, 56 (64); 115, 118 (159f.); Isensee in Isensee/Kirchhof, Hdb. des Staatsrechts, Band V, § 111 Rn. 90; Hopfauf in Schmidt-

eines schonenden Ausgleichs kollidierender Rechte und Interessen und der Angemessenheit staatlichen Handelns.⁹⁴ Es bewirke die Begrenzung auf ein gewisses garantiertes „Schutzniveau“ und trage dadurch dem Umstand Rechnung, dass Schutzpflichten bzw. –rechte normalerweise nur auf eine korrekte Ausübung schutzrechtlicher Gestaltungsfreiheit abzielen, regelmäßig aber keine Ansprüche begründen.⁹⁵

Diese Gedanken sollen hier zwar Erwähnung finden, angesichts der späteren schwerpunktmäßigen Befassung mit dem „Schutz des Menschen vor sich selbst ausschließlich zu seinem eigenen Nutzen“ sind sie jedoch nicht weiter zu verfolgen. Wesenstypisch ist in diesem Zusammenhang nämlich die Fragestellung, ob bzw. inwieweit der Staat auch entgegen dem (beachtlichen oder unbeachtlichen) Willen des Einzelnen vorgehen kann und nicht die Frage nach dessen gerade nicht geltend gemachtem Anspruch auf Schutz.

Insgesamt lässt sich denn auch festhalten, dass der Schutzpflichtenansatz heute nicht nur nahezu einhellig akzeptiert⁹⁶ und als Bestandteil der allgemeinen Grundrechtsdogmatik angesehen wird.⁹⁷ Es hat sich sogar darüber hinaus die Auffassung durchgesetzt, dass die Grundrechte als Sitz von Schutzpflichten des Staates die Grundlage eines Staatsziels der inneren Sicherheit sind.⁹⁸ Eine dogmatische Grundsatzkritik ist dem gegenüber bislang ausgeblieben.⁹⁹

(2) Der Schutz des Einzelnen im Lichte des Staats- und Sicherheitsverständnisses der „neueren Auffassung“

Zwar fällt es schwer, für das Staats- und Grundrechtsverständnis der neueren Auffassung einen hieb- und stichfesten Beweis zu führen, da die Ausle-

Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Einleitung Rn. 142; ähnlich Meßerschmidt, Gesetzgebungsermessens, S. 1068f. mit einer Argumentation in Gegenüberstellung zur und Anlehnung an die verwaltungsrechtliche Ermessenfehlerlehre.

⁹⁴ Möstl, S. 103 m.w.N..

⁹⁵ Möstl, S. 107.

⁹⁶ Isensee in Isensee/Kirchhof, Hdb. des Staatsrechts, Band V, § 111 Rn. 82 mit einer kurzen Zusammenstellung kritischer Stimmen in Fußnote 188; Stern, Staatsrecht, Bd. III, 1. Halbband, § 67 S. 732.

⁹⁷ Stern, Staatsrecht, Bd. III, 1. Halbband, § 69 S. 944; Möstl, S. 25.

⁹⁸ Götz in Isensee/Kirchhof, Hdb. des Staatsrechts, Band IV, § 85 Rn. 24 m.w.N.; ausführlich Möstl, S. 656f.; Hopfauf in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Einleitung Rn. 141f..

⁹⁹ Isensee in Isensee/Kirchhof, Hdb. des Staatsrechts, Bd. V, § 111 Rn. 82.

gung in einer sehr staatsrechtlichen und mitunter gar philosophischen Sichtweise wurzelt.¹⁰⁰ Ihr soll zunächst in dieser Untersuchung jedoch nicht bloß in Ansehung der fehlerhaft anmutenden Formulierungen zu einem „öffentlichen Interesse“, sondern auch aus den angestellten verfassungsrechtlichen Erwägungen heraus gefolgt werden. Betrachtet man nämlich die Notwendigkeit staatlicher Schutzgewährung als Existenzbedingung und Legitimationsgrundlage moderner Staatlichkeit schlechthin, dann müssen die Schutzpflichten ihre Existenzberechtigung nicht besonders unter Beweis stellen.¹⁰¹

So hat die Weiterentwicklung vom liberalen Rechtsstaats des 19. Jahrhunderts¹⁰² hin zum modernen sozialen Rechtsstaat eine Veränderung des Blickwinkels mit sich gebracht: Charakteristisch ist nicht mehr allein der liberale Gedanke der Staatsabwehr. Auch die staatliche Verantwortung verlangt Beachtung als eine zusätzliche staatliche Legitimationsschicht, welche die vorangegangenen Schichten erstens der Sicherheitsgewährleistung durch das Gewaltmonopol des Staates und zweitens der liberalen Freiheitssicherung gegen den Staat nicht aufhebt, sondern auf ihnen aufbaut und auf sie bezogen ist.¹⁰³ Dies bedeutet, dass die Verfassung nicht mehr nur einseitig als Verteidigungslinie einer staatsfreien Sphäre zu betrachten ist, sondern darüber hinaus als eine auch die Dimension der positiven Aufgaben des Staates zum Schutz des einzelnen und zur Gewährleistung einer friedensstiftenden Rechtsordnung einschließende rechtliche Grundordnung verstanden werden muss.¹⁰⁴

Freilich ist diese Entwicklung weder allein mit einem gewandelten Verständnis zu bewerten, noch erschöpft sie sich hierin. Ausgangspunkt sind (ebenso) die notwendigerweise gewachsenen Anforderungen an einen Staat, der nicht mehr ausschließlich und in der Hauptsache „die Freiheit seiner

¹⁰⁰ vgl. dazu bereits die obigen Ausführungen; mit dieser Feststellung und einer eingehenden staatsrechtlichen Untersuchung auch Hillgruber, S. 1 sowie Kapitel 1 und 2.

¹⁰¹ Stern, Staatsrecht, Bd. III, 1. Halbband, § 67 S. 732.

¹⁰² zum Polizeibegriff im 19. Jahrhundert, Scupin, S. 21ff..

¹⁰³ vgl. Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, S. 17f.; Isensee in Isensee/Kirchhof, Hdb. des Staatsrechts, Band V, § 111 Rn. 32ff.; nach Hopfauf in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Einleitung Rn. 141 m.w.N. ist es sogar umgekehrt so, dass das Prinzip der Sicherheit *durch* den Staat in den Verfassungstexten des 19. und 20. Jahrhunderts nicht durch das Prinzip der Sicherheit *vor* dem Staat ersetzt, sondern lediglich um dieses erweitert wurde.

¹⁰⁴ Möstl, S. 24 m.w.N..

Bürger bedroht“, sondern neben dem sich in einer pluralistischen Gesellschaft auch andere freiheitsunterminierende Faktoren abzeichnen.¹⁰⁵ Zu nennen wären beispielsweise die organisierte Kriminalität, der Terrorismus oder die sich bisweilen infolge technologischer Neuerungen – etwa der Gentechnik – ergebenden, in der Gänze kaum überschau- bzw. erfassbaren Risiken.¹⁰⁶ Im Bereich der einfachgesetzlichen Gefahrenabwehr wird dem vor allem mit bereits im Vorfeld der konkreten Gefahr einsetzenden Maßnahmen Rechnung getragen, etwa durch gefahrenunabhängige Eingriffsbefugnisse¹⁰⁷ bzw. Aufgabenzuweisungen¹⁰⁸ oder durch Vorsorge- und Kooperationsmodelle¹⁰⁹.

Das verfassungsrechtliche Fundament bilden dabei jedoch alles in allem die grundrechtlichen Schutzpflichten, die deshalb auch zu Recht als das Herzstück staatlicher Sicherheitsgewährleistung bezeichnet worden sind.¹¹⁰ In ihnen manifestieren sich nicht nur staatliche Verantwortung dort, wo der Einzelne sie nicht mehr zumutbar zu tragen imstande ist, sondern sie liefern im Grundsatz auch einen Beitrag zur flexiblen Steuerung von Risiken im genannten Sinne.

Auf die Frage nach dem Verhältnis zwischen (Freiheits-)Schutz vor staatlichen Einwirkungen und vor die „Sicherheit zur Freiheit“ bedrohenden Aspekten wie Umweltgefahren, Terrorismus oder Organisierter Kriminalität formuliert auch Hans-Jürgen Papier¹¹¹ eindeutig: „Es ist tatsächlich so, dass sich der Staat der Neuzeit zu einem wesentlichen Teil dadurch legitimiert, dass er seinen Bürgern ein hinreichendes Maß an Sicherheit gewährleistet.

¹⁰⁵ diese Argumentation ist in Kohärenz mit der These Möstls zu sehen, der eine Herleitung grundrechtlicher Schutzpflichten aus dem „freiheitssichernden“ Aspekt der Grundrechte befürwortet, dazu oben unter **I.3.b.bb).(1).**; zur philosophischen Sichtweise vgl. Marquard, Skepsis in der Moderne – philosophische Studien, S. 109 bis 122.

¹⁰⁶ vgl. Möstl, S. 30 m.w.N.; angesprochen ist damit die Figur des sogenannten „Risikosteuerungsstaates“, dazu Möstl, S. 28ff..

¹⁰⁷ vgl. etwa § 13 HSOG.

¹⁰⁸ vgl. etwa § 1 IV HSOG: „Die Polizeibehörden haben im Rahmen der Gefahrenabwehr auch zu erwartende Straftaten zu verhüten sowie für die Verfolgung künftiger Straftaten vorzusorgen (vorbeugende Bekämpfung von Straftaten).“

¹⁰⁹ vgl. etwa das umweltrechtliche Kooperationsmodell, Di Fabio in NVwZ 1999, S. 1153; ebenso Möstl, S. 30.

¹¹⁰ so Möstl, S. 25ff..

¹¹¹ „Ohne Wenn und Aber“ – Der Präsident des Bundesverfassungsgerichts Hans-Jürgen Papier über die Herausforderungen des internationalen Terrorismus, das Folterverbot und die Grenzziehung zwischen Freiheit und Sicherheit, Der Spiegel 3/2008 vom 14.01.08, S. 26.

Was nützt mir zum Beispiel die Garantie meines Eigentums, wenn ich überhaupt keine Rechtssicherheit habe [...] Es gibt deshalb kein Entweder-oder und auch keine Gewichtung dahingehend, dass das eine wichtiger sei als das andere. [...] Es gibt Schutzpflichten des Staates seinen Bürgern gegenüber.“

(3) Konsequenzen für die polizeirechtliche Generalklausel

Es stellt sich nunmehr also die Frage, welche Konsequenzen sich aus dieser verfassungsrechtlichen Einschätzung für die Auslegung der polizeirechtlichen Generalklausel ergeben.

Zunächst einmal wird man zwar nicht den Begriff der „inneren Sicherheit“ ohne weiteres mit dem der „öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ gleichsetzen können – eine solche Gleichsetzung würde der über die „polizeiliche Dimension“ hinausgehenden „inneren Sicherheit“ nicht gerecht.¹¹² Dies kann aber nicht zugleich bedeuten, dass das polizeirechtliche Begriffspaar nicht von der verfassungsrechtlichen Sicherheitsaufgabe ableitbar bzw. in ihrem Lichte auszulegen wäre. Von dieser Überlegung einer stringenten Ausstrahlung des Verfassungs- auf das Polizeirecht ausgehend, macht ein insgesamt gewandeltes Sicherheitsverständnis¹¹³ gerade vor der polizeirechtlichen Generalklausel nicht Halt und fordert grundsätzlich einen umfassenden Schutz des einzelnen auch vor nichtstaatlichen Beeinträchtigungen¹¹⁴. Will man zudem betonen, dass das Polizeirecht der Gegenwart in der Lage sein muss, den heutigen Herausforderungen zu genügen und die wie oben verstandene staatliche Sorge für die öffentliche Sicherheit einzulösen, so bedarf es – wo dies möglich erscheint – seiner rechtsstaatlichen Fortentwicklung bzw. einer entsprechenden Auslegung.¹¹⁵

Für die hier zu behandelnden polizeilichen Befugnisse bedeutet dies, dass der Individualrechtsgüterschutz vor allem im Sinne der grundrechtlichen Schutzpflichten aufzufassen ist. Eingriffe können – zumindest im Mehrpersonenverhältnis oder bei der Gefährdung durch Naturkatastrophen¹¹⁶, zur

¹¹² Götz in Isensee/Kirchhof, Hdb. des Staatsrechts, Band IV, § 85 Rn. 4.

¹¹³ zum Teil wird auch von einem „Grundrecht auf Sicherheit“ gesprochen, vgl. Möstl, S. 658; Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, Berlin 1983; Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, Baden-Baden 1987.

¹¹⁴ vgl. Fußnote 69.

¹¹⁵ Möstl, S. 32.

¹¹⁶ zur streitigen Einordnung der Naturkatastrophen in die grundrechtliche Schutzpflichtendogmatik, vgl. bereits Fußnote 69.

Selbstgefährdung vgl. **Abschnitt III.** – eine Rechtfertigung über die staatliche Schutzverpflichtung erfahren. Die Frage, wie weit letztere reicht, ist dabei von vorneherein in hohem Maße abwägungsbedürftig und nicht auf eine konkrete Rechtsfolge gerichtet.¹¹⁷ Sie kann also ohnehin nicht beantwortet werden, ohne das Schutzinteresse einerseits mit den gegen den Schutz sprechenden Belangen und Rechten – namentlich den Grundrechten derer, die durch etwaige Schutzmaßnahmen eingeschränkt werden würden – andererseits in einen angemessenen Ausgleich gebracht zu haben.¹¹⁸ Die Wertigkeit betroffener Rechtsgüter kann hierbei eine, nicht aber die einzig entscheidende, fixe Komponente für ein staatliches Schutzhandeln sein. Canaris¹¹⁹ formuliert in diesem Zusammenhang zutreffend, dass die Schutzpflicht umso weiter reiche, „je höher der Rang des betroffenen Grundrechts, je schwerer der drohende Eingriff, je intensiver die Gefahr, je geringer die Möglichkeit seines Trägers zu effizientem Selbstschutz und je schwächer das Gewicht gegenläufiger Grundrechte und Interessen ist.“ Hierin wird zunächst einmal durchaus positiv die hohe Flexibilität des Ansatzes deutlich.

Zugleich findet er jedoch in weiteren Überlegungen seine notwendigen Grenzen und erscheint daher auch nicht uferlos:

Erstens sei auf das von Möstl¹²⁰ ausführlich hergeleitete und konkretisierte Untermaßverbot als begrenzenden Faktor für einen *Anspruch* des Einzelnen auf staatlichen Schutz verwiesen. Wie bereits erwähnt, bewirkt es im Verhältnis des Schutzbedürftigen zum Staat eine Einschränkung dahingehend, dass Schutzpflichten normalerweise nur auf eine korrekte Ausübung schutzrechtlicher Gestaltungsfreiheit abzielen, regelmäßig aber keine Ansprüche begründen.¹²¹ Da es beim Einschreiten gegen ausschließliche Selbstgefährdung¹²² naturgemäß und so auch in dieser Untersuchung vornehmlich um die Möglichkeit eines „aufgedrängten“¹²³ staatlichen Schutzes gegen den na-

¹¹⁷ vgl. Möstl, S. 101.

¹¹⁸ Möstl, S. 101.

¹¹⁹ Canaris, Grundrechte und Privatrecht: eine Zwischenbilanz, S. 80.

¹²⁰ Möstl, S. 99ff..

¹²¹ Möstl, S. 107.

¹²² zum Begriff der „reinen“ Selbstgefährdung vgl. den **II. Abschnitt**.

¹²³ mit dieser Formulierung Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, Frankfurt am Main u.a. 1997.

türlichen Willen des Einzelnen geht, wird hierauf nicht mehr näher einzugehen sein.

Ausgehend von der Überlegung, dass durch die neuere Verfassungsentwicklung nicht der liberale Freiheitsschutz gegenüber dem Staat aus den Angeln gehoben, sondern nur um den förderlichen Aspekt der positiven „Gewährleistung eines die Freiheitsausübung zulassenden Umfelds“¹²⁴ ergänzt werden soll, wird zweitens ersichtlich, dass die abwehrrechtliche Funktion der Grundrechte durch die Schutzpflichten als Ausdruck dieser Gewährleistung keine Einbußen erfahren darf. Schutzrechtlich kann nie etwas geboten sein oder gefordert werden, was abwehrrechtlich nicht erlaubt bzw. nicht Ausdruck eines verhältnismäßigen Interessenausgleichs ist. Dies gilt jedenfalls im Falle „äußerer“ Bedrohungen, die nicht von der zu schützenden Person selbst stammen, insbesondere also bei der Kollision eines Schutzes mit den Abwehrrechten störender Dritter. Inwieweit ähnliche Überlegungen zum Verhältnis von Abwehrrecht und Schutzpflicht auch in Selbstgefährdungsfällen eine Rolle spielen können, wird im **III. Abschnitt** und **IV. Abschnitt** zu untersuchen sein.

(4) Umfang der Sicherheitsgewährleistung zugunsten des Einzelnen im Rahmen der polizeirechtlichen Generalklausel

Es wurde im Rahmen der obigen Ausführungen versucht darzustellen, dass und warum die polizeirechtliche Generalklausel im Lichte grundrechtlicher Schutzpflichten und der staatlichen Sicherheitsaufgabe auszulegen und deshalb der „neueren Auffassung“ zu folgen ist. Zwar wurde zugleich auf die im Verständnis grundrechtlicher Schutzpflichten angelegten und die sich aus dem Gewaltenteilungsprinzip in Verbindung mit der Wesentlichkeitstheorie ergebenden Grenzen eines Schutzes des Einzelnen hingewiesen. Im Grundsatz besteht die Tatbestandsalternative des Individualschutzes als Ausprägung der Sicherheitsaufgabe jedoch umfassend.

¹²⁴ in gleichem Sinne ist wohl auch Möstls Herleitung der grundrechtlichen Schutzpflichten aus dem „freiheitssichernden Aspekt der Grundrechte“ zu verstehen, Möstl, S. 657, vgl. dazu bereits oben.

Da die Dimension der Schutzpflicht nach herrschender Ansicht allen Freiheitsrechten zukommen kann¹²⁵, werden auf diese Weise sämtliche klassischen Individualrechtsgüter des Einzelnen erfasst.¹²⁶ Geschützt werden also „das Leben, die Gesundheit, die Freiheit, die Ehre und das Vermögen“ der Person, wie dies bereits in der Begründung zu § 14 PrPVG zur Sprache gekommen ist.

Der Schutz des Lebens und der Gesundheit des Menschen ergibt sich im Grundgesetz aus Art. 2 II 1 GG. Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten ist im Zusammenhang mit diesem Grundrecht in paradigmatischer Weise entwickelt worden und in der Praxis auch vor allem hierbei zur Anwendung gekommen.¹²⁷

Der Schutz der Ehre unterfällt dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht, dem ebenfalls eine Schutzpflicht zukommt.¹²⁸

Was einen pauschal aufgeführten Schutz der „Freiheit“ des Menschen anbelangt, so unterfällt diesem nicht nur die körperliche Bewegungsfreiheit im Sinne der Schutzpflicht des Rechts auf Freiheit der Person, welches im Grundgesetz durch Art. 2 II 2 GG normiert wird.¹²⁹ Der Begriff „Freiheit“ ist vielmehr im Lichte der Schutzpflichten der Freiheitsrechte weit zu verstehen und stellt insoweit einen Auffangtatbestand dar, der sich auf die Ausübung aller grundrechtlichen Freiheiten bezieht, sofern diese nicht bereits von einem spezielleren Schutzgut erfasst werden.¹³⁰ Gemeint sind hiermit etwa die Freiheit zur Religionsausübung, die Meinungsfreiheit oder die Kunstfreiheit aber sicherlich auch das gleichberechtigte Zusammenleben der Ehegatten. Auch insoweit bestehen grundrechtliche Schutzpflichten zur Freiheitssicherung.

In Bezug auf den Schutz des „Vermögens“ ließe sich auf den ersten Blick bezweifeln, ob dieser auf grundrechtliche Schutzpflichten rückführbar ist. So wird nämlich der bloße Schutz der Vermögenssphäre nicht ohne weiteres

¹²⁵ Stern, Staatsrecht, Bd. IV, 1. Halbband, § 97 S. 69; Dreier in ders., Band I, Vorb. Rn. 104; vgl. auch Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, S. 236.

¹²⁶ Möstl, S. 128.

¹²⁷ vgl. Schulze-Fielitz in Dreier, Bd. I, Art. 2 II Rn. 76ff. m.w.N..

¹²⁸ Dreier in ders., Bd. I, Art. 2 I Rn. 63; Möstl, S. 128.

¹²⁹ Schulze-Fielitz in Dreier, Bd. I, Art. 2 II Rn. 113; zur Auslegung des Art. 2 II 2 GG bzw. zu einem „engen“ und „weiten“ Verständnis der Norm vgl. unter **III.1.d).**

¹³⁰ Möstl, S. 128 m.w.N.; vgl. auch Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, S. 236, der offenbar bei einem engen Verständnis des Begriffs „Freiheit“ der Ansicht ist, die Aufzählung „Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, Vermögen“ könne heute nur noch beispielhafte Funktion haben.

vom grundrechtlich determinierten Individualrechtsgüterschutz erfasst, zumindest wenn man der ständigen, wenn auch nicht gänzlich unbestrittenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts folgen und nur ausnahmsweise den Anwendungsbereich des Art. 14 GG für einschlägig halten will.¹³¹ Jedenfalls soweit es nicht um die vom Gesetzgeber zu leistende Inhaltsbestimmung des Eigentums geht (insoweit könnte nur die Institutsgarantie einschlägig sein), sondern um den Schutz bestehender Eigentumsrechte gegen Beeinträchtigungen, steht allerdings auf den zweiten Blick nichts entgegen, auch der Eigentumsgarantie die Dimension einer Schutzpflicht zuzubilligen.¹³² Freilich könnte sich der Schutz dann nicht auf das Vermögen an sich, sondern nur auf konkrete vermögenswerte Rechte beziehen. In diesem Sinne ist das polizeiliche Schutzgut „Vermögen“ im Rahmen der Auslegung des Begriffs „öffentliche Sicherheit“ jedoch ohnehin seit jeher verstanden worden.¹³³

Eine in gewisser Weise an die Tradition „sozialer Grundrechte“¹³⁴ erinnernde Beschränkung auf Schutzpflichten nur für besonders „hochwertige Grundrechtsgüter“ – etwa Art. 2 II GG – oder ein „besonderes Ausmaß des Betroffenseins“ hat eingedenk der bereits hiergegen vorgebrachten Bedenken und der Schwierigkeiten einer Abgrenzung darüber hinaus nicht mehr zu erfolgen und erscheint angesichts der letztlich hinreichend bestimmten Grenzen auch nicht notwendig. Wird sie im Rahmen der traditionellen Auffassung als „Korrektiv“ pauschal dennoch vorgenommen, so zeigt dies im Grunde, dass man zwar ebenfalls nicht an einem „weiterentwickelten Verfassungs- und Staatsverständnis“ vorbeikommt, dabei jedoch nicht gewillt ist, die Konsequenz eines grundsätzlich umfassend in staatlicher Verantwortung stehenden Individualrechtsgüterschutzes zu ziehen. Gerade vor dem Hintergrund einer umfassenden staatlichen Sicherheitsaufgabe mögen Art und Ausmaß der betroffenen Individualinteressen zwar Anlass besonderer

¹³¹ vgl. BVerfGE 91, 207 (220); BVerfGE 87, 153 (169): keine „erdrosselnde Wirkung“; a.A. Kimminich in Bonner Kommentar, Art. 14 Rn. 50; auch Gamp/Hebeler in BayVBl. 2004, 257 (259) wollen einen staatlichen Schutz des Vermögens abwehrrechtlich an Art. 14 GG messen.

¹³² Wieland in Dreier, Bd. I, Art. 14 Rn. 176; Möstl, S. 129 m.w.N..

¹³³ Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, § 15 S. 235; Möstl, S. 129; Wieland in Dreier, Bd. I, Art. 14 Rn. 53ff..

¹³⁴ zum Begriff Borowski, S. 289ff.; Marauhn, Anmerkungen zur Normkategorie der sozialen Grundrechte, in Erweitertes Grundrechtsverständnis, Kehl am Rhein 2003.

staatlicher Aufmerksamkeit sein, nicht jedoch ein letztverbindliches Entscheidungskriterium für alle Fälle polizeilichen Schutzes im Rahmen der Generalklausel. Letzterer wird von grundrechtlichen Schutzpflichten als Ausdruck eben jener staatlichen Sicherheitsgewährleistung bestimmt und ist damit nach der hier vertretenen Auffassung zunächst einmal umfassend der öffentlichen Sicherheit zu unterstellen – ein „öffentliches Interesse“ ist gegeben, ohne dass es gesondert zu prüfen oder nur bei der Bedrohung besonderer Rechtsgüter anzunehmen wäre.

Was daneben den Schutz privater Rechte¹³⁵ anbelangt, so könnte dieser sein stringentes verfassungsrechtliches Pendant wenn nicht in grundrechtlichen Schutzpflichten so doch ergänzend in einer übergeordneten „Staatszielbestimmung der öffentlichen Sicherheit“¹³⁶ finden, die Möstl in einer Gesamtschau gerade aus den grundrechtlichen Schutzpflichten, dem Rechtsstaatsprinzip, dem Verfassungsauftrag zur Sicherung von Staat und Verfassung und dem Grundauftrag zur Gewährleistung des inneren Friedens herleitet. Die Grundrechte können schließlich nicht allein die „exklusive Grundlage der staatlichen Ordnung“ sein.¹³⁷ Auch private Rechte gehören vor diesem Hintergrund zur Tatbestandsmodalität des Individualschutzes und ihr Schutz auch vor Gefährdungen durch den Rechtsinhaber selbst müsste im Verbund mit jenem von Individualrechtsgütern und unter gleichen Voraussetzungen untersucht werden. Eine unterschiedliche Behandlung wäre nicht geboten. Auf eine Befassung mit diesem Ansatz und eine ausdrückliche Miteinbeziehung des Schutzes privater Rechte über die bereits angestellten Überlegungen hinaus kann jedoch verzichtet werden. Begreift man nämlich zum einen sämtliche grundrechtlich fundierten Individualrechtsgüter als Garanten von Schutzpflichten – insbesondere auch den alle vermögenswerten Rechte umfassenden Art. 14 GG – und bedenkt man zugleich, dass bei der Verfolgung solcher Ansprüche wohl ohnehin zumeist die Subsidiaritätsklausel einschlä-

¹³⁵ überwiegend wird der Schutz privater Rechte im Rahmen der polizeirechtlichen Generalklausel neben dem Individualrechtsgüterschutz geführt, vgl. dazu bereits **I.3.a)**; a.A. offenbar Schenke, POR, 5. Auflage, S. 27f. Rn. 56.

¹³⁶ ausführlich Möstl, S. 656f.; ebenso Götz in Isensee/Kirchhof, Hdb. des Staatsrechts, Band IV, § 85 Rn. 24 m.w.N.; Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, S. 221 spricht von einem „(Menschen-)Recht auf Sicherheit“.

¹³⁷ Isensee, Grundrecht auf Sicherheit, Berlin 1983, S. 32f.; in der Folge ebenso Stern, Staatsrecht, Bd. III, 1. Halbband, § 67 S. 733.

gig sein wird, dann erscheint der Anwendungsbereich privater Rechte daneben fast vernachlässigbar und soll in der Folge keinen eigenen Schwerpunkt neben dem die Selbstgefährdungsdiskussion dominierenden Individualrechtsgüterschutz bilden.¹³⁸ Zum anderen wäre hier ohnehin in Bezug auf „reine“ Selbstgefährdungen¹³⁹ eine typische, polizeirechtlich relevante Eingriffssituation schwer vorstellbar. So steht die Ausübung eines Rechts dem Inhaber frei. Selbst wenn es möglich sein sollte, diesen vor der Preisgabe seiner entsprechenden Position auch gegen seinen Willen zu schützen¹⁴⁰, wird die Polizei in der maßgeblichen „Ex-ante-Betrachtung“ hiervon selten Kenntnis haben. Im Gegenteil kommt die Polizei bei der Sicherung privater Rechte doch typischerweise immer erst dann „ins Spiel“, wenn der Rechtsträger hierauf Anspruch erhebt.

Ob der im Lichte grundrechtlicher Schutzpflichten als Ausfluss der staatlichen Sicherheitsaufgabe konturierte Schutz der Individualrechtsgüter des Einzelnen auch einen Schutz vor Selbstgefährdung und nicht bloß vor Fremdgefährdung durch „äußere“ Einflüsse darstellen kann, ist damit jedoch noch nicht geklärt. Bei der Annäherung an diese Frage im **III.** und **IV. Abschnitt** und ihrer Fortentwicklung im **V. Abschnitt** wird an die hier grundlegend gemachten Ausführungen anzuknüpfen sein.

(5) Zusammenfassung

Die grundrechtlichen Schutzpflichten sind das Herzstück der staatlichen Sicherheitsgewährleistung. Maßgeblich in ihrem Sinne ist der Schutz des Einzelnen im Rahmen der Generalklausel auszulegen. Erfasst werden damit sämtliche typischerweise polizeilich zu schützenden Individualrechtsgüter: das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die Ehre, die Freiheit und das Vermögen. Eine Schutzaufgabe in diesem Sinne und damit gegebenenfalls eine Eingriffsrechtfertigung für schützendes Tätigwerden bestehen jedenfalls bei Fremdgefährdungen durch andere oder äußere Umstände. Ihre

¹³⁸ ohne ein gesondertes Eingehen auf private Rechte neben dem Schutz von Individualrechtsgütern auch Schenke, POR, 5. Auflage, S. 27f. Rn. 56.

¹³⁹ zum Begriff vgl. den **II. Abschnitt**.

¹⁴⁰ inwieweit dies gegen einen beachtlichen oder natürlichen Willen möglich ist, wird im **III.** und **IV. Abschnitt** zu klären sein.

Grenzen findet sie in den allgemeinen Grundsätzen des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

4. Bedeutung des Individualschutzes und sein Verhältnis zum Schutz des geschriebenen Rechts

Alles in allem muss allerdings angesichts zunehmender Verrechtlichung in vielen Lebensbereichen von einer regelmäßig geringen Bedeutung des Individualschutzes gegenüber dem des geschriebenen Rechts¹⁴¹ ausgegangen werden. Dies wird schon beim Anblick der z.T. gesetzlich fixierten Definition¹⁴² der öffentlichen Sicherheit durch die Reihenfolge indiziert, in der die verschiedenen Tatbestandsmodalitäten Erwähnung finden. Es rührt daher, dass die Gefährdung von Individualrechtsgütern bzw. privaten Rechten oftmals mit einer drohenden Verletzung öffentlich-rechtlicher (Straf-) Rechtsnormen Hand in Hand geht. Eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit in Form der (objektiven) Rechtsordnung wird dabei verbreitet bereits angenommen, wenn etwa ein Straftatbestand objektiv verwirklicht zu werden droht, ohne dass es darauf ankäme, ob schuldhaft gehandelt wird oder der subjektive Tatbestand bzw. eventuelle sonstige Strafbarkeitsbedingungen¹⁴³ vorliegen.¹⁴⁴ Solches sei nur für die Strafbarkeit des Täters, nicht dagegen für die polizeiliche Schutzwürdigkeit der geschützten Güter bedeutsam.¹⁴⁵ Daraus folgt, dass selbst im Falle fehlender Strafbarkeit – etwa bei einer bevorstehenden fahrlässigen Sachbeschädigung – die objektive Rechtsordnung „in Gefahr“ und polizeiliches Einschreiten möglich ist.

Jedoch ist die Formulierung zumindest ungenau, wenn lediglich eine drohende objektive Verwirklichung maßgebend sein soll. Richtigerweise wird man (nach strafrechtlichen Maßstäben) zusätzlich auch ausdrücklich noch die Rechtswidrigkeit der drohenden Rechtsverletzung fordern müssen, da ein Schutz der öffentlichen Sicherheit insgesamt nur gegen rechtswidrige Übergriffe erfolgen kann, denknotwendig aber nicht gegen solche, die die

¹⁴¹ vgl. Knemeyer, POR, 11. Auflage, S. 72 Rn. 101; Möstl, S. 121, 125 und 131.

¹⁴² vgl. oben unter I.2..

¹⁴³ etwa ein Strafantrag bei Antragsdelikten.

¹⁴⁴ Tettinger/Erbguth/Mann, BesVwR, S. 174 Rn. 442; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, S. 236, BVerwGE 64, 55 (61); Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 5. Auflage, S. 126 Rn. 12.

¹⁴⁵ BVerwGE 64, 55 (61).

Rechtsordnung ausdrücklich gestattet.¹⁴⁶ Andernfalls könnte jederzeit dem Chirurgen die Operation oder dem Notwehrberechtigten die Rechtsausübung versagt werden.

Bei diesem Verständnis ist eine polizeirechtlich relevante Fremdgefährdung durch menschliches Verhalten in der Tat kaum denkbar, ohne dass dabei zugleich eine Gefahr für die vorrangig maßgebende Rechtsordnung vorliegt.¹⁴⁷ Es gibt allerdings darüber hinaus typische Situationen, in denen letzteres nicht der Fall ist und zugleich subjektive Rechte und Rechtsgüter des einzelnen gefährdet sind. Dies können zum einen Naturereignisse sein, etwa Lawinen, Blindgänger oder Unwetter, die den staatlichen Schutz individueller Rechtsgüter erforderlich machen können.¹⁴⁸ Da die Rechtsordnung den einzelnen aber auch nicht, jedenfalls nicht grundsätzlich, vor sich selbst schützt, kommen hier zum anderen die Fälle der sogenannten Selbstgefährdung entscheidend ins Spiel.

¹⁴⁶ klarstellend Gusy, 6. Auflage, S. 39f. Rn. 83.

¹⁴⁷ zur maßgeblichen Bedeutung des Strafrechts als Herzstück staatlichen Rechtsgüterschutzes und Dreh- und Angelpunkt präventiver und repressiver Sicherheitsgewährleistung vgl. Möstl, S. 156f.; zur Vorrangigkeit des Schutzgutes der Rechtsordnung vor demjenigen des Individualrechtsgüterschutzes siehe ausführlich Möstl, S. 131ff..

¹⁴⁸ vgl. Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 5. Auflage, S. 131 Rn. 25.

II. Abschnitt:

Begriff der „reinen“ Selbstgefährdung¹⁴⁹ und ihr Verhältnis zur Fremdgefährdung – Schwerpunktsetzung der Untersuchung

1. Selbstgefährdung und Fremdgefährdung des Selbstgefährders durch andere

a) Der aus polizeilicher Perspektive vorrangige Schutz der verfassungsmäßigen Rechtsordnung

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich zunächst einmal, dass im Polizeirecht eine Abgrenzung der Selbst- zur auf menschlichem Verhalten beruhenden Fremdgefährdung einen praktisch geringen Raum einnimmt: Gerade das Strafrecht stellt als Herzstück staatlichen Rechtsgüterschutzes den Dreh- und Angelpunkt präventiver und repressiver Sicherheitsgewährleistung dar.¹⁵⁰ Die Fremdgefährdung der Individualrechtsgüter eines Menschen durch einen anderen ist vor diesem Hintergrund im obigen Sinne ganz überwiegend normativ vorgezeichnet und eine Gefahr für die insoweit vorrangig maßgebliche¹⁵¹ einfachgesetzliche objektive Rechtsordnung ist – bei Vorliegen oder Fehlen der Voraussetzungen (etwa im Falle einer fehlenden Einwilligung oder ihrer Rechtswirksamkeit) – gegeben oder auch nicht. Dies muss aus polizeirechtlicher Perspektive gelten, obwohl zum Teil auch in diesen Fällen mehrerer sich untereinander gefährdender Personen gleichermaßen mit einem Recht auf Selbstgefährdung argumentiert wird.

¹⁴⁹ der Begriff der „Selbstgefährdung“ an sich wird hier insofern weit verstanden, als darunter auch Fälle der Selbstverletzung und -schädigung fallen. Die Selbstgefährdung soll hier insofern als Oberbegriff verwandt werden. Man könnte letztere deshalb aus der Betrachtung ausscheiden lassen, weil bei ihnen im Gegensatz zur Gefährdung ein Schaden bereits eingetreten ist und sich die Gefährdung bereits realisiert hat. Polizeiliche Maßnahmen werden demgegenüber bereits im Gefährdungsstadium einsetzen, weil sie darauf gerichtet sind, einen Schadenseintritt zu verhindern. Da jedoch eine einheitliche Terminologie nicht erkennbar ist und Selbstgefährdung wie -schädigung oder -verletzung letztlich der gleichen Abgrenzungsproblematik unterliegen, soll auf eine Differenzierung verzichtet werden; vgl. Gampp/Hebeler in BayVBl. 2004, 257 (257); mit einer Klassifizierung nach dem Wissen um den Schadenseintritt dagegen Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 21f..

¹⁵⁰ vgl. Möstl, S. 156f..

¹⁵¹ dazu ausführlich Möstl, S. 131ff..

Exemplarisch sollen hier zunächst die neueren Entscheidungen des VG Aachen vom 17.02.2004¹⁵² und vom 01.12.2004¹⁵³ herangezogen werden, in denen die wiederholt von häuslicher Gewalt betroffene Ehefrau gegen die verfügte Ausweisung des Ehegatten aus der gemeinsamen ehelichen Wohnung klagte. Das VG argumentiert, der Klägerin müsse grundsätzlich ein Recht zur Selbstgefährdung bzw. Selbstbestimmung zugestanden werden, das sich im gemeinsamen Wohnen mit dem sie schlagenden Ehemann manifestieren könne. Sich aus den Grundrechten ergebende staatliche Pflichten zum Schutz von Leib und Leben der Klägerin hätten in jedem Fall aber dann Vorrang, wenn „sich nicht sicher feststellen lässt, ob dieses Einverständnis auf einem freien Willensentschluss beruht oder ob es nicht doch geprägt ist von einem – wirtschaftlichen oder sozialen – Abhängigkeitsverhältnis zum Gewalttäter (Leitsatz).“¹⁵⁴

Das gleiche Ergebnis könnte jedoch auch unter Zugrundelegung einer anderen Perspektive gewonnen werden. Mit dem obigen Verständnis hätte die Ausweisung des Ehemannes aus der ehelichen Wohnung ihren Rechtsgrund auch im Schutz der – verfassungsgemäßen (!) – objektiven Rechtsordnung etwa in Form des § 223 StGB wegen weiterhin drohender Gewaltübergriffe finden können. Dessen ex ante hinreichend wahrscheinliche objektive Verwirklichung wäre auch rechtswidrig, da – mit gleicher Argumentation wie oben – in der Beibehaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft seitens der Ehefrau nicht zugleich eine freiverantwortliche Einwilligung in die Gefährdungslage und wohl schon gar nicht in weitere Körperverletzungen¹⁵⁵ gesehen werden kann.

Im Fokus der Öffentlichkeit standen zuletzt ferner auch die polizeiliche Behandlung privater „Fightclubs“¹⁵⁶ oder das sogenannte „Auto-Surfen“¹⁵⁷.

¹⁵² Az. 6 L 145/04 = NJW 2004, 1888f.; vgl. dazu auch Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 5. Auflage, S. 328 Rn. 29.

¹⁵³ Az. 6 L 1077/04; vgl. dazu auch Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 5. Auflage, S. 336 Rn. 29.

¹⁵⁴ ebenso offenbar Denninger in Liskin/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 312 Rn. 31.

¹⁵⁵ tragendes Element der Entscheidung der Ehefrau war die Hoffnung auf Versöhnung.

¹⁵⁶ dazu Der Spiegel 50/2007, S. 138: „Schlesische Schlachten: In Kreuzberger Hinterhöfen üben sich Jugendliche im Straßenkampf – die Polizei rätselt noch, ob es Sport ist oder Körperverletzung.“

¹⁵⁷ dazu OLG Düsseldorf in NStZ 1997, S. 325 bis 327.

Bei ersterem handelt es sich um Verabredungen zum un- oder kaum begrenzten Zweikampf unter Jugendlichen und Heranwachsenden. Das gemischte Publikum setzt sich nicht nur aus Gleichaltrigen, sondern auch Kindern¹⁵⁸ des entsprechenden Stadtteils zusammen. Die Regeln bzw. Siegbedingungen sind vage und werden individuell oder durch die Gruppe bestimmt – einen Schiedsrichter gibt es nicht.¹⁵⁹

Das „Auto-Surfen“ bezeichnet demgegenüber das Balancieren auf dem Dach eines fahrenden Autos durch eine oder mehrere Personen – es kann auf abgelegenen Feldwegen oder aber im öffentlichen Straßenverkehr geschehen.¹⁶⁰

Stellt man eine Betrachtung aus polizeirechtlicher Sicht an, so wird schnell ersichtlich, dass hier nicht notwendig die Frage nach zulässiger oder unzulässiger Selbstgefährdung der „Kämpfer oder Surfer“, sondern vorrangig jene nach dem Vorliegen einer Körperverletzung, also einer im Wege der Fremdgefährdung hervorgerufenen Gefahr für die Rechtsordnung im Raum steht.¹⁶¹ Dabei bieten sich verschiedene Differenzierungskriterien an. Für die Unwirksamkeit einer Einwilligung in die tatbestandlich verwirklichte Körperverletzung und damit ihre Rechtswidrigkeit könnten im Einzelfall etwa eine durch anwesende gleichgesinnte Zuschauer bzw. sonstige Teilnehmer verursachte Drucksituation oder das unbestimmte „Regularium“ sprechen. Ebenso wäre jeweils aufgrund der unübersichtlichen Situation und der möglicherweise versagten Revidierbarkeit der Entscheidung die Sittenwidrigkeit¹⁶² der Tat und damit die Unwirksamkeit der Einwilligung im Sinne des § 228 StGB zu erwägen.

Die Frage, ob zum Schutz der Zuschauer bzw. insbesondere der anwesenden Kinder oder des Straßenverkehrs selbst bei Nichtvorliegen einer Gefahr für die Rechtsordnung die entsprechende Tätigkeit untersagt werden kann, ist damit freilich noch nicht beantwortet. Hierauf wird in der Folge und unter

¹⁵⁸ vgl. Der Spiegel 50/2007, S. 138: „Knapp 50 Jugendliche schauen zu; ein paar filmen mit ihrem Handy. [...] Auf der Latte eines der beiden Fußballtore sitzen Kinder, Mädchen und Jungs, vier, fünf Jahre alt.“

¹⁵⁹ vgl. Der Spiegel 50/2007, S. 138.

¹⁶⁰ vgl. OLG Düsseldorf in NSTZ 1997, S. 326.

¹⁶¹ vgl. auch die im Artikel aufgeworfene Fragestellung, Der Spiegel 50/2007, S. 138: „Gary Menzel ist Leiter der Polizei im Abschnitt 53 [...]: Was ist Sport und wo fängt die gefährliche Körperverletzung an?“

¹⁶² vgl. zur gängigen restriktiven und verfassungskonformen Auslegung des § 228 StGB Stree in Schönke/Schröder, § 228 Rn. 5ff..

anderem auch im Rahmen des **III. Abschnitts** im Punkt **4.** noch zurückzukommen sein.

Die Beispiele zeigen, dass es aus polizeirechtlicher Perspektive in der überwiegenden Zahl der Fallgestaltungen nicht erst der originären Begründung einer Fremdgefährdung von Individualrechtsgütern in Abgrenzung zur zulässigen Selbstgefährdung bedarf, um in derartigen Situationen mit mehreren unmittelbar beteiligten Personen eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit zu konstatieren. Die Verfassungsmäßigkeit der einschlägigen einfachgesetzlichen Normen und ihrer Auslegung vorausgesetzt, bieten diese zumeist in hinreichendem Maße die Eckpunkte für polizeiliches Handeln, so dass es an sich selten eines Rückgriffs auf den Schutz von Individualrechtsgütern bedürfen sollte.¹⁶³ Gerade das Strafrecht übernimmt in diesem Punkt die Funktion eines Dreh- und Angelpunktes präventiver Sicherheitsgewährung.¹⁶⁴ Eine Verhinderung selbstgefährdender Verhaltensweisen und erst recht die bloße Erforschung einer entsprechenden Gefahrenlage sollten im Falle des Zusammentreffens mit der Gefährdung des Handelnden durch einen anderen regelmäßig auch mit dem Schutz der Rechtsordnung begründbar sein.

Geht man ferner mit dem Gewaltenteilungsprinzip davon aus, dass in der – verfassungsgemäßen – einfachgesetzlichen Rechtsordnung ein umfassender Ausgleich für das Verhältnis zwischen Fremd- und ihr gegenüberzustellender Selbstgefährdung gefunden wurde, und dass der Schutz genau dieser Rechtsordnung und ihrer Wertungen Primäraufgabe der Polizei ist, so bleibt es dabei, dass die vom Gesetzgeber im Wege der verfassungsgemäßen Verbotsnorm und den Gerichten im Wege verfassungsmäßiger Auslegung getroffene Unterscheidung zwischen zulässiger und unzulässiger Fremdgefährdung diejenige nach einer polizeilich untersagungswürdigen oder nicht untersagungswürdigen Selbstgefährdung der Teilnehmer umfassend ver-

¹⁶³ legt man eine verfassungsrechtliche Perspektive zugrunde, können Gedanken zur Unterscheidung zwischen untersagungsfähiger und nicht untersagungsfähiger Selbstgefährdung auch zur Untersuchung einer Norm auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin bzw. zur Erörterung der Frage dienlich sein, ob der Gesetzgeber oder die Gerichte in der Auslegung gewisse „Einwilligungsmöglichkeiten“ bereithalten müssen – siehe auch **II.4.**; dies kann jedoch für die polizeirechtliche Befassung mit dem Sachbereich der Selbstgefährdung zumeist ausgeblendet werden.

¹⁶⁴ vgl. Möstl, S. 156f..

drängt. An diese vorrangigen Wertungen ist die Polizei gebunden, weshalb sie beim Individualrechtsgüterschutz – wenn es in den genannten Fällen hierauf subsidiär zu einem Schutz der Rechtsordnung noch ankäme – ohnehin in der Abgrenzung zwischen Selbst- und Fremdgefährdung durch einen anderen zunächst einmal keine von dem abweichenden Kriterien zugrundelegen könnte, was im Rahmen der (strafrechtlichen) Tatbestände (zuvor) zu berücksichtigen wäre.¹⁶⁵

b) Die Abgrenzung nach der Gefahrenverantwortlichkeit beim ordnungsrechtlichen Individualrechtsgüterschutz

Freilich kann die Abgrenzung einer Selbst- zur Fremdgefährdung durch andere unterhalb der gesetzlich determinierten Schwelle oder aber bei Zweifeln an deren Verfassungsmäßigkeit relevant werden. Will man ohne Ansehung eines von der verfassungsgemäßen Rechtsordnung vorgezeichneten Schutzes durch die Polizei eine formale Abgrenzung zwischen Selbst- und der Fremdgefährdung durch einen anderen etablieren, gestaltet sich eine trennscharfe Konturierung freilich mitunter schwierig. So wird sich die zu- meist vielschichtige Ursächlichkeit einer vordergründig selbstgefährdenden Handlung bisweilen (oder immer¹⁶⁶) auch am Verhalten anderer Personen festmachen lassen können. Ein neues Betäubungsmittel etwa wird durch den Konsumenten meist auf Anraten des Veräußernden, der erste Rausch wird möglicherweise aufgrund von Werbeeinflüssen oder anderen Personen ausprobiert werden.

Hierbei scheint es in einem ersten Schritt geboten, komplexere Sachverhalte zum Zweck der Analyse in selbst- und fremdgefährdende Bestandteile auf-

¹⁶⁵ im Strafrecht ist nach h.A. bei der Abgrenzung zwischen Selbstgefährdung und der Fremdgefährdung durch einen anderen zunächst einmal das „*objektive Kriterium der Tatherrschaft über die Handlung, die ohne weitere Zwischenakte zum Erfolg geführt hat*“, maßgeblich; hiernach ist die „Eigenverantwortlichkeit“ des Handelns zu untersuchen; dazu ausführlich Christmann in Jura 2002, S. 680f.. Da diese Grundsätze ohnehin bei der Frage nach einer Gefahr für die Rechtsordnung zu berücksichtigen sind, wäre es widersinnig und auch rechtsstaatlich überaus bedenklich, einer Prüfung des Individualschutzes daneben eine eigenständige Rolle einzuräumen und hierbei gegebenenfalls sogar andere Maßstäbe anzulegen, als es beim Schutz des geschriebenen verfassungsmäßigen (!) Rechts geschehen ist. So kann beispielsweise ein Boxkampf nicht normativ bzw. strafrechtlich infolge einer wirksamen Einwilligung ersichtlich irrelevant sein, von der Polizei jedoch unter Hinweis auf den Individualrechtsgüterschutz untersagt werden. Dies wäre mit der an der Verfassung orientierten Einheitlichkeit der Rechtsordnung letztlich unvereinbar.

¹⁶⁶ Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 28.

zugliedern. Mag auf Ebene der Gesetzgebung nunmehr jeder Aspekt einzeln auf seine Beschränkbarkeit hin zu untersuchen und eine Gesamteinordnung nur aufgrund wertender Betrachtung möglich sein¹⁶⁷, so richtet sich auf ordnungsrechtlicher Ebene die Abgrenzung nach der Gefahrenverantwortlichkeit. Sie bestimmt in der Folge den Primäradressaten des Vorgehens: Gerade weil es im Polizeirecht um die Abwehr konkreter Gefahren geht, hat die Abgrenzung zwischen Selbst- und der Fremdgefährdung durch andere nämlich zunächst danach zu erfolgen, wer die unmittelbar, d.h. ohne wesentliche Zwischenschritte, gefahrenrelevante Handlung im konkreten Einzelfall bzw. Zeitpunkt allein oder maßgeblich steuert und (tatherrschaftlich¹⁶⁸) beherrscht und so als gefahrenverantwortlich auszumachen ist. Gegen ihn als Störer sind entsprechende Maßnahmen primär zu richten. Beispielsweise mag eine sich durch den Konsum großer Mengen Alkohol selbst gefährdende Person dazu im Vorfeld durch die Werbung oder einen anderen verleitet worden sein, sie beherrscht jedoch den Fortgang der Geschehnisse allein, weshalb die konkrete Situation polizeirechtlich als Selbstgefährdung zu werten wäre.

Freilich ist die ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit stets ein Wertungsproblem, was auch für die allgemein herrschende Theorie von der unmittelbaren Verursachung gilt.¹⁶⁹ Schwierigkeiten können sich bei einer Abgrenzung zwischen Selbst- und der Fremdgefährdung durch andere nach Maßgabe dieses Kriteriums vor allem dann ergeben, wenn die gefahrenrelevanten Vorgänge durch ein (einvernehmliches) Zusammenspiel der sich selbst gefährdenden mit einer anderen Person beherrscht werden und somit auf den ersten Blick beide – sowohl die sich selbst als auch die fremdgefährdende Person – unmittelbar steuernd beteiligt sind.

In diesen Fällen würde man tatsächlich nicht umhin können, bisweilen eine vornehmlich wertende Betrachtung¹⁷⁰ anzustellen. Dabei würden vor allem

¹⁶⁷ so Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstgefährdung, S. 28.

¹⁶⁸ zur strafrechtlichen Parallelproblematik ausführlich Christmann in Jura 2002, S. 680f..

¹⁶⁹ vgl. Schenke, 5. Auflage, POR, S. 159 Rn. 243; zu den verschiedenen Theorien und der polizeirechtlichen Verantwortlichkeit als Wertungsproblem vgl. auch **VI.4.b).bb).**.

¹⁷⁰ so ohne Bezug zur Gefahrenverantwortlichkeit auch Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 28.

der freie Wille der Person und ihre Einsichtsfähigkeit zu Buche schlagen und wären maßgeblich zu berücksichtigen¹⁷¹: Ist beides nicht gegeben, so wird es sich vielfach um eine Fremdgefährdung durch die das unmittelbar gefahrenrelevante Geschehen beherrschende andere Person handeln.¹⁷² Liegt der Gefährdung der Individualrechtsgüter eines Menschen durch einen anderen hingegen eine nicht zu beanstandende Einwilligung des ersteren zugrunde und erfolgt die Gefährdung deshalb, so wird die ihre Individualrechtsgüter preisgebende Person den Fortgang jedenfalls solange selbst beherrschen und es würde sich um eine Selbstgefährdung handeln, wie die gefährdenden Handlungen von ihrem Willen freiverantwortlich getragen werden (können).

Gerade wenn man eine Parallelbetrachtung zum letztlich vorrangigen Schutz der Rechtsordnung anstellt, wird hierbei indes erkennbar, dass in den letzteren, als schwierig bezeichneten Fällen einer (eilvernehmlichen) Drittbeteiligung aus polizeirechtlicher Perspektive begrifflich in der Regel nicht mehr die Frage des Verhältnisses der Fremd- zur Selbstgefährdung im Raum steht. Geht man mit der späteren Untersuchung im Ergebnis davon aus, dass eine freiverantwortlich erfolgende Selbstgefährdung per se nicht schutzrechtlich relevant ist¹⁷³, so reduziert sich das Blickfeld begrifflich regelmäßig auf die Beantwortung der Fragestellung, ob es sich im Einzelfall um eine untersagungswürdige oder deshalb um eine zulässige Fremdgefährdung handelt, weil die Gefährdungshandlung maßgeblich auf einer autonomen Opferentscheidung basiert, die sich gegen die Fremdgefährdung positionieren lässt. Nur wenn letzteres nicht der Fall ist, ergibt sich überhaupt die Möglichkeit eines polizeilichen Einschreitens. Dieses aber hat sich in der Regel gegen den Fremdgefährder zu richten, wie auch ein Schutz der Rechtsordnung nur ein primäres Vorgehen gegenüber demjenigen rechtfertigen kann, der sie gefährdet:

¹⁷¹ ähnliche Wertungen finden sich im Strafrecht zum Problem der „bewussten Selbstschädigung“, dazu etwa BGHSt 32, 25 (28) und BGH in GA 1986, 508 (509); zur Maßgeblichkeit der freiverantwortlichen Entscheidung der sich selbst gefährdenden Person vgl. auch den **III. Abschnitt**.

¹⁷² in diesem Sinne formuliert offenbar auch Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 272: „Gleichwohl ist zu erwägen, dass [bei nicht voll ausgeprägter Urteilsfähigkeit] im Falle eines mitwirkenden Verhaltens anderer an einer Gefährdungslage dieses Verhalten als Fremdgefährdung im Vergleich zu dem Moment der Selbstgefährdung [...] in den Vordergrund treten kann.“

¹⁷³ vgl. **III.6.**

Argumentierte man in den obigen, unter a) genannten Beispielen tatsächlich mit der Selbstgefährdung des Teilnehmers/der Ehefrau anstatt mit der (normativ relevanten) Fremdgefährdung durch den anderen Teil, ergäben sich Irritationen in Bezug auf die Zurechnung des Gefahrentatbestands bzw. die Störereigenschaft der Beteiligten. Kommt man nämlich zu dem Ergebnis einer unzulässigen bzw. nicht hinnehmbaren Selbstgefährdung und in der Folge zu einem notwendigen Einschreiten der Polizei, so müsste man unter ausschließlicher Zugrundelegung dieses Gesichtspunkts konsequenterweise zunächst einmal auch den sich selbst Gefährdenden als unmittelbaren Störer ansehen, ohne dass der die Körperverletzung eigentlich Ausübende daneben von vorneherein gleichermaßen unmittelbar verantwortlich¹⁷⁴ wäre. Bezogen auf die aktuelle Problematik des (freilich normativ verankerten) „Nicht-raucherschutzes“ würde dies bedeuten, man müsste zunächst nicht danach fragen, ob dem Raucher das „fremdgefährdende“ Rauchen in öffentlichen Gebäuden, sondern ob gegebenenfalls dem Nichtraucher der „selbstgefährdende“ Zutritt zu selbigen untersagt werden kann – eine angesichts der eingeschlagenen Schutzrichtung letztlich absurde Konsequenz. Dies veranschaulicht, dass die Selbstgefährdung in vergleichbaren Fällen einer Steuerung des Geschehens durch mehrere Beteiligter jedenfalls nicht allein in den Mittelpunkt der Betrachtung gerückt, sondern immer im Verbund mit einer ebenso vorliegenden Fremdgefährdung gesehen werden muss. Dabei ist im Interesse einer effektiven Gefahrenabwehr eine wertende Störerbetrachtung geboten, wobei man die Fremdgefährdung wird regelmäßig als vorrangig ansehen müssen. Dies ergibt sich gerade aus wertenden Überlegungen zur Verantwortlichkeit. Offensichtlich ist nämlich der einen anderen Gefährdende dann als bei wertender Betrachtung zumeist eigentlicher Inhaber der Herrschaft über den Geschehensablauf¹⁷⁵ unmittelbar und primär für die Gefahr einer Individualrechtsgüterverletzung verantwortlich. Dem Opfer kommt daneben wohl sachgemäß in der Regel die Rolle eines Nichtstörers bzw. äußerstenfalls eines Zweckveranlassers zu, dessen Auswahl als Adressat einer polizeilichen Maßnahme sich als entsprechend verhältnismäßig er-

¹⁷⁴ betrachtet man allein die Selbstgefährdung seines Gegenübers wäre er wohl nur mittelbar verantwortlich zu machen, ggf. als Zweckveranlasser.

¹⁷⁵ vgl. zur strafrechtlichen Abgrenzungsproblematik (auch) unter dem Gesichtspunkt der Tatherrschaft Christmann in Jura 2002, S. 679ff..

weisen muss. Erst hierin spiegelt sich ein überzeugendes polizeiliches Entscheidungsprogramm wider.

Einer tatsächlich rechtserheblichen formalen Abgrenzung von Selbst- und der Fremdgefährdung durch einen anderen mit der Fragestellung, wann sich die gefundene Selbstgefährdung als ein-schränkbar erweisen kann, bedarf es daher aus polizeirechtlicher Perspektive wohl nicht. Zwar kann im (einernehmlichen) Zusammenwirken mit einer anderen fremdgefährdenden Person eine „reine“ Selbstgefährdung zum Ausdruck kommen, wenn jenes frei- und eigenverantwortlich erfolgt und auch die Drittbeteiligung von der entsprechenden Entscheidung getragen wird. Da diese Konstellation jedoch im Ergebnis mit der in der Folge vertretenen Auffassung¹⁷⁶ stets schutzrechtlich irrelevant wäre und andernfalls ein zulässiges Einschreiten sich bei wertender Betrachtung vorrangig zumeist gegen den primär gefahrenverantwortlichen Fremdgefährder zu richten hätte, steht hier in der Regel begrifflich nicht mehr die Frage nach der Beschränkbarkeit einer Selbstgefährdung, sondern eher diejenige nach einer zulässigen oder untersagungswürdigen Fremdgefährdung im Raum.

2. Selbstgefährdung und Fremdgefährdung anderer durch den Selbstgefährder

Nach einhelliger Ansicht findet eine Selbstgefährdung jedenfalls dort ihre Grenzen, wo sie sich zu einer Fremdgefährdung anderer wandelt. Als Beispiel wären etwa ein Selbstmordversuch mit Sprengstoff im eigenen Garten einer Reihenhaussiedlung oder aber der Selbstversuch des kontaktfreudigen Arztes mit ansteckenden Cholera-Bazillen zu nennen. Das Ergebnis wird dogmatisch sowohl über eine Interpretation des Tatbestandsmerkmals „öffentlich“ der Generalklausel¹⁷⁷ gewonnen als auch an gegenläufigen Schutzpflichten aus den Grundrechten anderer¹⁷⁸ festgemacht. Jedenfalls kann Art.

¹⁷⁶ vgl. **III.6.**

¹⁷⁷ so Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr § 14 S. 229: „...öffentliches Interesse liegt vor, wenn zugleich Rechtsgüter der Allgemeinheit betroffen werden oder die Betätigung des einzelnen in die Öffentlichkeit ausstrahlt.“ Zur traditionellen Auffassung in diesem Punkt siehe bereits oben unter **I.3.**

¹⁷⁸ Möstl, S. 135; wohl auch Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 5. Auflage, S. 131 Rn. 24ff.; wohl auch Kugelman, POR, S. 142 Rn. 57; zur neueren Auffassung in diesem Punkt siehe bereits oben unter **I.3.**

2 I GG oder ein spezielleres Grundrecht bei Verhältnismäßigkeit der Maßnahme zulässigerweise eingeschränkt werden.¹⁷⁹ Aus polizeirechtlicher Sicht dürfte nach dem oben Gesagten ohnehin in derartigen Fällen eine Gefahr für die Rechtsordnung vorliegen.

Umgekehrt weist Schwabe allerdings darauf hin, dass sich durchaus Abgrenzungsprobleme stellen können, wenn sich infolge der Selbstgefährdung Beeinträchtigungen Dritter ergeben, die unterhalb der geregelten Schwelle liegen und deshalb eine Gefahr für die Rechtsordnung nicht gegeben ist.¹⁸⁰ Beispielhaft wäre etwa das Trauma des Lokomotivführers zu nennen, der den Selbstmordwilligen mit seinem Zug überrollt – unabhängig von der Frage, ob Letzterer am Selbstmord gehindert werden darf.

Es mag verfassungsrechtlich nicht leicht zu beantworten sein, ob der Gesetzgeber befugt ist, selbstgefährdende Verhaltensweisen (stets) einzuschränken, wenn sie „die psychische Verfassung anderer“ beeinträchtigen. Aus polizeirechtlicher Perspektive jedoch ist dies ein Scheinproblem. So hat sich die Polizei, wie bereits ausgeführt wurde, bei der Gefahrenabwehr vornehmlich am Schutz des geschriebenen Rechts zu orientieren, wobei vor allem das Strafrecht als Herzstück staatlichen Rechtsgüterschutzes und Dreh- und Angelpunkt präventiver und repressiver Sicherheitsgewährleistung maßgebliche Bedeutung erlangt.¹⁸¹ Dies muss sowohl bezüglich des Vorliegens als auch Nichtvorliegens einer Fremdgefährdung gelten. Auf einen Individualrechtsgüterschutz kann es demgegenüber nur ankommen, wenn die Rechtsordnung keine explizite Regelung bereithält. Das ist aber bei Fremdgefährdungen regelmäßig nicht der Fall – im Gegensatz zu mancher Selbstgefährdung „in ein und derselben Person“¹⁸². Das Strafrecht sieht in umfangreichen und verfassungsgemäßen Konkretisierungen vor, wann in einem Schockzustand die Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens liegen

¹⁷⁹ so auch Gampp/Hebeler in BayVBl. 2004, S. 262f.; beiläufig sei hier jedoch auch die vereinzelt vertretene Auffassung eines „engen Grundrechtstatbestands“ erwähnt, wonach ein grundrechtlicher Schutzbereich von vorneherein seine Grenzen in den „Rechten anderer“ finde bzw. hierdurch eine Verkürzung erfahre – mit aktuellem Überblick und gleichermaßen heftiger wie berechtigter Kritik an den verschiedenen Ansätzen Schwabe in Selbstbestimmung und Gemeinwohl (FS von Zezschwitz), S. 29 bis 45.

¹⁸⁰ Schwabe in JZ 1998, S. 70f..

¹⁸¹ Möstl, S. 156f..

¹⁸² genauer und abschließend zum Begriff der „reinen Selbstgefährdung“ siehe unten unter II.4..

kann, § 223 StGB.¹⁸³ Dies kann und soll die Polizei bei Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen einer Fremdgefährdung beachten.

Ganz allgemein erscheint es abschließend deshalb auch erwägenswert, sich beim Zusammenfallen der Selbst- mit der Fremdgefährdung anderer schon begrifflich von der Selbstgefährdung ein Stück weit zu trennen – jedenfalls dann, wenn diese mit dem Schutz anderer und nicht bloß mit dem des Selbstgefährders verhältnismäßig zu rechtfertigen wäre. Schließlich ist – wie gesehen – der Fremdgefährdung regelmäßig der Bedeutungsvorrang einzuräumen, weshalb eine Selbstgefährdung im eigentlichen bzw. ausschließlichen Sinne bei gleichzeitiger Fremdgefährdung anderer oder auch durch andere (s.o.) zumeist begriffsnotwendig nicht vorliegen kann.

3. Selbstgefährdung und Fremdgefährdung des Allgemeinwohls – „reine Selbstgefährdung“ des in sozialstaatliche und gesellschaftliche Strukturen eingebundenen Individuums überhaupt möglich?

Vergegenwärtigt man sich den bisherigen Stand der Untersuchung, so fällt vor allem auf, dass tatsächlich problematische Fälle von Selbstgefährdung nicht den Raum einnehmen, wie es prima facie den Anschein hat.

Zum einen wurde versucht darzustellen, dass bei mehreren sich untereinander gefährdenden Beteiligten die Selbstgefährdung des Einzelnen letztlich hinter seine normativ relevante, aktive Fremdgefährdung anderer oder passive Fremdgefährdung durch andere zurücktritt bzw. dass sich eine genaue Abgrenzung angesichts des für die Polizei vorrangigen Schutzes der Rechtsordnung und deren Regelungsdichte erübrigen dürfte. Zum anderen wurde der Wandel vom liberalen zum sozialen Rechtsstaat und eine damit einhergehende Ausweitung des Grundrechtsverständnisses betont und das u.a. in Selbstgefährdungsfällen bisweilen zu Rate gezogene Erfordernis eines „öffentlichen Interesses“ für untauglich befunden.

In Anknüpfung an den letztgenannten Gesichtspunkt und die in diesem Zusammenhang vorgebrachten Überlegungen¹⁸⁴ könnte man nun noch einen Schritt weitergehen. Verfolgt man konsequent den Gedanken, dass der Staat

¹⁸³ vgl. dazu Tröndle/Fischer § 223 Rn. 4; vgl. ebenso die neuere gesetzgeberische Wertung durch Einfügen des „Stalking-Paragrafen“.

¹⁸⁴ vgl. oben I.3..

dem Wohle jedes Einzelnen verpflichtet ist und soziale Sicherheit¹⁸⁵ wie Gerechtigkeit¹⁸⁶ zu gewährleisten hat, dann wird man in der Summe die staatliche Fürsorge und Fürsorgefähigkeit sicherlich auch als Ausdruck des Allgemeinwohls bzw. als entsprechendes Gut auffassen müssen. Dieses zentrale Gemeinschaftsgut der Funktions- und Leistungsfähigkeit des Sozialstaats¹⁸⁷, welches im neueren Staatsverständnis seinen Niederschlag und im Sozialstaatsprinzip eine normative Ausprägung gefunden hat, könnte regelmäßig als Rechtfertigungsgrundlage für ein Einschreiten gegen viele vorstellbare Arten der Selbstgefährdung mobil gemacht werden. Dies ist mitunter auch schon geschehen.

So stellt etwa das BVerfG zur Begründung der Schutzhelmpflicht nicht nur auf den Schutz anderer Verkehrsteilnehmer¹⁸⁸, sondern auch auf den der Allgemeinheit ab. Schließlich stehe außer Frage, dass schwere Unfälle weitreichende Folgen für die Allgemeinheit hätten – hervorgerufen z.B. durch ärztliche und rettungsdienstliche Aufgabenerfüllung oder den Einsatz von Pflegepersonal bei der Versorgung der Opfer.¹⁸⁹

Angesprochen ist mit diesen „Folgen“ nichts anderes als die Kosten für die Allgemeinheit der Sozialversicherungsmitglieder bzw. das Sozialsystem als Gemeinschaftsgut der staatlichen Fürsorgefähigkeit insgesamt, die als Rechtfertigung für den Freiheitseingriff der Gurtpflicht dienen sollen.¹⁹⁰ Die denkbare Bandbreite eines potentiellen Anwendungsbereichs dieses Rechtfertigungsgedankens erstreckt sich jedoch noch weiter und erschöpft sich keinesfalls allein in Leib und Leben betreffenden Selbstgefährdungen. Er kann vielmehr immer da zur Anwendung kommen, wo die Allgemeinheit finanziell für individuelle Schäden aufzukommen hat – also auch zulasten desjenigen, der Haus und Hof als denkbare Altersvorsorge verkauft oder einen riskanten Kredit aufnimmt, um sich eine Urlaubsreise leisten zu können. In diesen Fällen gefährdet der Einzelne jeweils nicht nur seine individuellen

¹⁸⁵ zum Begriff der sozialen Sicherheit siehe etwa Ipsen, Rn. 985f..

¹⁸⁶ zum Begriff der sozialen Gerechtigkeit siehe etwa Maurer, § 8 Rn. 76.

¹⁸⁷ dazu z.B. Jarass, NZS 1997, 545 (547f.); Papier, SGB. 1987, 464 (469).

¹⁸⁸ das BVerfG betont in BVerfGE 59, 275 (278), dass in vielen Fällen ein weiterer Schaden abgewendet werden könne, wenn ein Unfallbeteiligter bei Bewusstsein bleibe; der Kraftfahrer schade daher nicht nur sich selbst, sondern auch anderen, wenn er sich nicht anschnalle.

¹⁸⁹ vgl. BVerfGE 59, 275 (279).

¹⁹⁰ ebenso Gamp/Hebeler in BayVBl. 2004, 257 (263).

Rechtsgüter, sondern mittelbar auch die Leistungsfähigkeit des Sozialsystems.

Letztlich ist eine unüberschaubare Vielzahl von Allgemeinwohlinteressen auch im Vorfeld oder jenseits finanzieller Belastungen denkbar, die potentiell zur Eingriffsrechtfertigung heranziehbar wäre. So könnte etwa der Zwang, sich bei Handwerksleistungen eines Meisters zu bedienen, mit der hohen Qualifikation des Handwerks als selbständigem Gemeinwohlinteresse¹⁹¹ gerechtfertigt werden.¹⁹² Den Bauherren zur Einhaltung bestimmter Fenstermaße oder einer bestimmten Wohnraumhöhe zu verpflichten, könnte mit der „Mindestgüte des deutschen Wohnungsbestandes“ als öffentlichem Interesse zu rechtfertigen sein.¹⁹³

Vor dem Hintergrund eines in hohem Maße in sozialstaatliche wie gemeinschaftliche Strukturen eingebundenen Individuums ließe sich deshalb insgesamt bezweifeln, dass es so etwas wie „reine Selbstgefährdung“ überhaupt gibt.

Zunächst einmal darf natürlich nicht der Eindruck entstehen, mit dem Sozialstaatsgedanken/-prinzip oder sonstigen Allgemeinwohlgütern könne man regelrecht alles rechtfertigen. Ob es im Einzelfall durchgreifender da überwiegender Rechtfertigungsgrund ist, muss sich wie jede Einschränkung am Verhältnismäßigkeitsprinzip messen lassen. Hierbei hat sich der Staat schon im Ansatz höchste Zurückhaltung aufzuerlegen. Würde man nämlich durch das Sozialstaatsgebot ohne weiteres Verhaltensverbote rechtfertigen, so würde man es zu einer Eingriffslegitimation gegen potenziell Hilfsbedürftige ausdehnen. Damit kehrte sich die Schutzrichtung des Sozialstaatsprinzips letztlich um, da es Schutz gegen seine eigenen Auswirkungen böte und sich gegen statt an den potentiell Hilfsbedürftigen wenden würde.¹⁹⁴

Eher wird deshalb als Beschränkung vertreten, infolge der Selbstgefährdung sei eine Kürzung der Sozialleistungen bis auf das Existenzminimum möglich. So sei es verfassungsrechtlich zulässig, finanzielle Belastungen für die Solidargemeinschaft durch entsprechende sozialrechtliche Neuregelungen

¹⁹¹ so BVerfGE 13, 97.

¹⁹² dazu Schwabe in JZ 1998, S. 74.

¹⁹³ dazu Schwabe in JZ 1998, S. 74.

¹⁹⁴ Gamp/Hebeler in BayVBl. 2004, 257 (264); Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 262; Schwabe in JZ 1998, S. 74.

zu verringern, indem an selbstgefährdende Verhaltensweisen bzw. deren Realisierung in einem Schaden negative finanzielle Folgen geknüpft werden.¹⁹⁵ Auch hierzu gibt es allerdings kritische Stimmen. Fischer¹⁹⁶ führt aus: „Staatliche Unterstützungsleistungen, auch für die Folgen von Selbstschädigungen, sind der Preis, den die Allgemeinheit für ein [...] Sozialstaatsprinzip zu zahlen hat.“ Unabhängig davon, ob man dem folgen will, ist eine sozialrechtliche Neuregelung jedenfalls nicht Aufgabe der Polizei.

Alles in allem zeigen die genannten Beispiele so auch letztlich, dass hier der Boden des Polizeirechts allmählich verlassen wird. Der Schutz von Allgemeinwohlintereessen und ihre Konkretisierung wie Bewertung müssen primär gesetzgeberisches Anliegen sein und bleiben.¹⁹⁷ Er – der Allgemeinhohlschutz – kommt in der geschaffenen Rechtsordnung zum Ausdruck und wird von der Polizei auch erst mit ihrem Schutz vollzogen. Es verbietet sich mit den Grundsätzen der Gewaltenteilung¹⁹⁸, das Gemeinhohl per se im Rahmen der Öffentlichen Sicherheit zur Rechtfertigung eines polizeilichen Einschreitens gegenüber dem Bürger heranzuziehen. Der Polizei obliegt hier lediglich der Schutz von Individualrechtsgütern.¹⁹⁹

In Extremfällen denkbar ist allenfalls, dass „Selbstgefährdungen“ dann durch die Polizei mithilfe eines entgegenstehenden Gemeinhohls eingeschränkt werden können, wenn die Öffentliche Ordnung als Auffangtatbestand (zur Definition s.o.) evident gefährdet wäre. Zu denken wäre etwa an einen drohenden völligen Zusammenbruch des Sozialsystems. Unterhalb dieser Grenze muss hingegen die Wertung, wann denn ein prinzipiell vorgehendes Allgemeininteresse vorliegt, dem Gesetzgeber verbleiben²⁰⁰ - aus

¹⁹⁵ Gampp/Hebeler in BayVBl. 2004, 257 (264) m.w.N..

¹⁹⁶ Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 259ff..

¹⁹⁷ vgl. dazu grundlegend das Urteil „Kreuzbergerkenntnis“ des Preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 14.06.1882: PrOVG 9, 353 bis 384.

¹⁹⁸ vgl. dazu bereits oben unter **I.3.b).bb).(3)**.

¹⁹⁹ strittig, ebenso Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 5. Auflage, S. 124f. Rn. 8: „Schon der Begriff des Kollektivrechtsguts ist juristisch ein Unding; das Kollektiv der Gesellschaft schützt, was ihr lieb und teuer ist, durch die Rechtsordnung und nach deren Maßgabe [...]“; ohne Begründung für einen Schutz von Kollektivrechtsgütern im Rahmen der polizeirechtlichen Generalklausel Knemeyer, POR, 11. Auflage, S. 72 Rn. 100 m.w.N..

²⁰⁰ mit einer vergleichbaren Argumentation – allerdings ohne Bezug zum Polizeirecht – operiert Littwin, S. 240: „Die Einbindung des Staatsbürgers in das demokratische Ge-

den genannten Gründen rechtsstaatlicher Gewaltenteilung. Beispielsweise darf der sich selbst gefährdende Eigentümer von der Polizei nicht bereits wegen vorrangiger Interessen der Allgemeinheit an der freiverantwortlichen Zerstörung seines historischen Hauses gehindert werden, sondern erst, wenn und weil der Gesetzgeber – wie im Denkmalschutzgesetz geschehen – eine gleichgerichtete Wertung vorgenommen und entsprechende Befugnisse geschaffen hat.

Die eigentliche Frage ist eine andere, nämlich ob man hier schon rein terminologisch noch mit einem Problem der Selbstgefährdung im eigentlichen, d.h. ausschließlichen Sinne konfrontiert ist. Will man – wie bereits unter **2.** gesehen – den Schutz anderer gegenüber einer möglicherweise mitverwirklichten Selbstgefährdung in jedem Falle vorrangig beachten, so sollte mit dem Schutz von Allgemeinwohlgüter schon in der Begriffswahl ähnlich verfahren werden.

4. Abschlussbetrachtung – Begriff der „reinen Selbstgefährdung“

In diesem II. Abschnitt wurde versucht zu verdeutlichen, dass eine einheitliche Klassifizierung selbstgefährdender Verhaltensweisen mitunter schwierig ist.

Schäden können durch solche nicht nur bei der sich gefährdenden Person selbst, sondern auch an sonstigen (Allgemeinwohl- oder Individualrechts-) Gütern eintreten (**2. und 3.**). Ebenso kann auf den ersten Blick zwar eine „Selbstgefährdung“ vorliegen, bei näherer Betrachtung ist jedoch im Falle zulässigen Einschreitens die Fremdgefährdung durch eine andere Person aus ordnungsrechtlicher Sicht als vorrangig gefahrenverantwortlich auszumachen (**1.**). Der Begriff der Selbstgefährdung steht demzufolge sowohl passiv mit anderen ursächlichen menschlichen Gefahrenfaktoren als auch aktiv im Hinblick auf die Verhaltensauswirkungen gegenüber Dritten und dem Allgemeinwohl im Konkurrenzverhältnis zur (zumeist bereits normativ relevanten) Fremdgefährdung.

Es würde deshalb insgesamt zu kurz greifen, würde man „reine Selbstgefährdung“ pauschal mit jeder Selbstgefährdung „in einer Person“, also mit

meinwesen fordert von ihm gesetzlich exakt umrissene Pflichtbeiträge zum Allgemeinwohl.“

solchen Fällen gleichsetzen, in denen eine Individualrechtsgüterbeeinträchtigung bei demjenigen eintreten würde, auf dessen Verhalten sie zugleich (allein bzw. ausschließlich) beruht. Mit „reiner Selbstgefährdung“ sind vielmehr solche Fälle gemeint, in denen die unmittelbar gefährdende Handlung – wenn auch bisweilen bei wertender Betrachtung – allein oder maßgeblich von der betroffenen Person selbst gesteuert und beherrscht wird (Tatherrschaftlichkeit²⁰¹) und eine denkbare – da möglicherweise verhältnismäßige – Rechtfertigung für ein Einschreiten hiergegen allein noch im Schutz des Selbstgefährders selbst zu sehen sein könnte bzw. hierin gesucht werden soll. Entscheidend ist demnach nicht (mehr), dass neben den Individualrechtsgütern der Person keinerlei sonstigen Güter auch nur betroffen und keine anderen Personen auch nur im Entferntesten beteiligt sind – diese Voraussetzungen werden sich realistischerweise kaum erreichen lassen –, sondern dass solche Beeinträchtigungen nicht für eine verhältnismäßige Rechtfertigung in Frage kommen oder nutzbar gemacht werden können bzw. sollen.

Die Behandlung einer in dieser Art verstandenen, „reinen“ Selbstgefährdung bzw. ein polizeiliches Einschreiten hiergegen auf der Grundlage eines Schutzes der betroffenen und verantwortlichen Person selbst ist durch die vorrangig beachtliche Rechtsordnung regelmäßig nicht vorgezeichnet und soll – auch deshalb – den Schwerpunkt dieser Untersuchung bilden.

Was die unter **II.1.b)** zuletzt beschriebenen Fälle einer „Selbstgefährdung“ bei gleichzeitiger und unmittelbarer (bzw. einvernehmlicher) Fremdgefährdung durch einen anderen anbelangt, so besteht insoweit eine begriffliche Besonderheit, als ein tatsächliches polizeirechtlich zulässiges Einschreiten hier im Ergebnis regelmäßig primär gegenüber dem Fremdgefährder zu erfolgen hat:

Freilich kann etwa die Verfassungsmäßigkeit einer Ge- oder Verbotsnorm oder die Rechtmäßigkeit einer polizeilichen Maßnahme mit der Maßgabe untersucht werden, dass in einer zulässigen „Selbstgefährdung“ nicht zugleich eine untersagungsfähige Fremdgefährdung durch einen anderen liegen kann. Übertragen auf das Strafrecht etwa betrifft dies den oben be-

²⁰¹ zur strafrechtlichen Parallelproblematik ausführlich Christmann in Jura 2002, S. 680f..

reits angeführten Gedanken eines Rechtswidrigkeitsausschlusses infolge Einwilligung und damit aus verfassungsrechtlicher Perspektive die Fragestellung, ob die Gerichte in der Auslegung oder der Gesetzgeber gegebenenfalls entsprechende Möglichkeiten bereithalten müssen. Dabei soll jedoch nicht vergessen werden, dass die Polizei ihr Handeln vorrangig an der eine polizeirechtlich relevante Fremdgefährdung regelmäßig vorzeichnenden Rechtsordnung und gerade auch an den Kriterien der Gefahrenverantwortlichkeit auszurichten hat. Vor diesem Hintergrund hat bei der auf den ersten Blick unmittelbar steuernden Beteiligung mehrerer Personen eine an der Aufgabe zur effektiven Gefahrenabwehr orientierte wertende Betrachtung über den maßgeblich verantwortlichen Adressaten des Vorgehens zu entscheiden. Dabei kann üblicherweise im (einvernehmlichen) Zusammenwirken mit einer anderen fremdgefährdenden Person eine „reine“ Selbstgefährdung zum Ausdruck kommen, wenn jenes frei- und eigenverantwortlich erfolgt und auch die Drittbeteiligung von der entsprechenden Entscheidung getragen wird. Da diese Konstellation jedoch im Ergebnis mit der in der Folge vertretenen Auffassung²⁰² stets schutzrechtlich irrelevant wäre und andernfalls ein zulässiges Einschreiten sich in der Regel vorrangig gegen den primär gefahrenverantwortlichen Fremdgefährder zu richten hätte, steht hier aus ordnungsrechtlicher Perspektive an sich begrifflich nicht mehr die Frage nach der Beschränkbarkeit einer Selbstgefährdung, sondern eher diejenige nach einer zulässigen oder untersagungswürdigen Fremdgefährdung im Raum.

²⁰² vgl. III.6..

III. Abschnitt:

Der Schutz des Einzelnen bei der „reinen“ Selbstgefährdung – die Schutzberechtigung in der Gegenüberstellung von Verfassungspositionen

In diesem III. Abschnitt wird dargestellt, dass sich bei der Bewältigung selbstgefährdender Verhaltensweisen verschiedene Verfassungspositionen gegenüberstehen und wie bzw. nach welchen Primärkriterien die sich ergebenden Konflikte aufzulösen sind. Hierbei sollen in den Punkten 1. und 2. grundsätzliche dogmatische Probleme aufgeworfen werden. Unter den Punkten 3. bis 5. wird dann der Frage nachzugehen sein, ob mit den an dieser Stelle dargelegten Argumenten auch der freiverantwortlich handelnde Selbstgefährdeter an seinem Verhalten gehindert werden kann bzw. wie die hierzu vertretenen Ansätze systematisch einzuordnen sind. Jeweils wird immer wieder an die bereits im I. und II. Abschnitt gemachten Ausführungen anzuknüpfen sein.

1. Eingriff in Grundrechte als Ausgangspunkt

Es ist bereits erschöpfend klaggestellt worden, dass ein Recht auf Selbstgefährdung – auch wenn man darunter gleichermaßen Selbstverletzungen oder –schädigungen verstehen will – grundrechtlich verbürgt ist.²⁰³ Welche grundrechtlichen Schutzbereiche dabei jedoch im Einzelfall einschlägig sein können, bedarf kurzer Klärung.

a) Die Allgemeine Handlungsfreiheit

Zunächst einmal wird Art. 2 I GG (oder die entsprechende Norm der Landesverfassungen) verbreitet als allgemeine Schutznorm einer Selbstgefährdung angesehen.²⁰⁴ Dies ist jedenfalls dann überzeugend und konsequent, wenn man die Vorschrift mit der ganz herrschenden Ansicht als Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne begreift.

²⁰³ etwa Gamp/Hebeler in BayVBl. 2004, 257 (258ff.); ausführlich Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 29ff. und 104; Schwabe in JZ 1998, 66 (69); ausführlich Hillgruber, S. 111ff.; Kunig in von Münch/Kunig, Band I, 5. Auflage, Art. 2 Rn. 33; Hillgruber in Umbach/Clemens, Band I, Art. 2 Rn. 153.

²⁰⁴ Hillgruber in Umbach/Clemens, Band I, Art. 2 Rn. 153; Hillgruber, S. 115f. und 175; Kunig in von Münch/Kunig, Band I, 5. Auflage, Art. 2 Rn. 33.

So ist zwar teilweise eine Beschränkung des Art. 2 I GG in der Form vertreten worden, dass er lediglich „jedem – dem Ausdruck echten Menschentums entsprechend – die Auswirkung seiner ihm vom Schöpfer verliehenen Persönlichkeit“ ermögliche (sog. Persönlichkeitskerntheorie).²⁰⁵ Begründet wurde dies zum einen mit einer andernfalls zu befürchtenden „Entwertung“ des Persönlichkeitsrechts des Art. 2 I GG durch seine Inanspruchnahme für banale Handlungszwecke.²⁰⁶ Zum anderen drohe bei einer Gleichsetzung des Grundrechts mit dem Recht auf Freiheit von staatlichen Bindungen von vorneherein notwendigerweise „eine weitgehende Beschränkung der Freiheit durch einfache Gesetze“.²⁰⁷

Demgegenüber hat sich hingegen mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Erkenntnis durchgesetzt, „dass das Grundgesetz in Art. 2 I GG die Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne meint“.²⁰⁸ Gestützt wird dies im Wege einer entstehungsgeschichtlichen Auslegung der Norm auf Art. 2 II des Entwurfs des Verfassungskonvents auf Herrenchiemsee²⁰⁹, dessen Aussagegehalt durch den veränderten Wortlaut nicht habe geschmälert werden sollen.²¹⁰ Auch in den Landesverfassungen finden sich entsprechende Formulierungen wieder.²¹¹ Der Vorschrift unterfallen damit sämtliche denkbaren, beliebigen menschlichen Verhaltensweisen; es gibt in der Ägide des Grundgesetzes keine a priori als Freiheitsausübung schutzwürdigen menschlichen Betätigungen.²¹²

Bei diesem weiten und zutreffenden Verständnis bedeutet jeder Schutz des Menschen vor sich selbst gegen seinen erklärten oder vermuteten Willen eine Freiheitseinschränkung und bedarf verfassungsrechtlicher Rechtferti-

²⁰⁵ Peters, S. 669ff.; in der Folge auch von Mangoldt/Klein, Band I, 2. Auflage, S. 171ff.; beachte auch Sondervotum D.Grimm BVerfGE 80, 137 (180): „Die Persönlichkeitsentfaltung des einzelnen hängt nicht von der Möglichkeit ab, im Walde zu reiten.“

²⁰⁶ Peters, S. 673.

²⁰⁷ Peters, S. 674.

²⁰⁸ BVerfGE 6, 32 (36); 80, 137 (152ff.); offen gelassen noch von BVerfGE 4, 7 (15).

²⁰⁹ aufgeführt bei Hillgruber in Umbach/Clemens, Band I, Art. 2 Rn. 1: „Jedermann hat die Freiheit, innerhalb der Schranken der Rechtsordnung und der guten Sitten alles zu tun, was anderen nicht schadet.“

²¹⁰ zusammenfassend zu den Beratungen des Parlamentarischen Rats Hillgruber in Umbach/Clemens, Band I, Art. 2 Rn. 3ff. und 18.

²¹¹ vgl. Art. 2 I Hessische Landesverfassung.

²¹² Hillgruber, S. 115.

gung.²¹³ Es stellt sich angesichts der Auffangfunktion der Allgemeinen Handlungsfreiheit allerdings die Frage, ob dabei gegebenenfalls im Vergleich speziellere grundrechtliche Schutzbereiche einschlägig sein können, die ein selbstgefährdendes Verhalten abdecken.

b) Die Menschenwürde

Nach übereinstimmender Ansicht ist jedenfalls Art. 1 I GG keine Norm, die eine Bestimmungsfreiheit des Individuums in Form einer wie auch immer gearteten „Dispositionsbefugnis über die eigene Menschenwürde“ gewährleistet.²¹⁴ Eine solche findet sich hier abwehrrechtlich nicht verankert.²¹⁵ Freilich wird im Zusammenhang mit einem Schutz des Menschen vor den Folgen seiner eigenen Betätigungen vielfach mit der Menschenwürde argumentiert; namentlich geschieht dies im Zusammenhang mit der Darstellung des Menschen in der Unterhaltungsbranche.²¹⁶ Damit ist jedoch nicht der abwehrrechtliche Schutzbereich im Sinne einer Verfügbarkeit des Schutzgutes, sondern vielmehr die Möglichkeit einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Eingriffen in andere Grundrechte unter Zugrundelegung des Menschenwürdegedankens gemeint.²¹⁷

c) Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit

Es fragt sich ferner, ob Selbsttötung oder Selbstverletzung zum grundrechtlichen Schutzbereich des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit gehören. Überwiegend und zu Recht wird dies verneint.²¹⁸ Das Leben und die körperliche Unversehrtheit stellen Eigenschaften des Grundrechtsträgers dar.²¹⁹ Die Vorschrift bietet als reines Abwehrrecht hingegen keine Gewährleistung handlungsbezogener Freiheiten in dem Sinne, dass der Berechtigte

²¹³ Hillgruber, S. 116, der jedoch den „beachtlichen“ Willen anführt, vgl. dazu unten unter **III.2.d.)**; Gampp/Hebeler in BayVBl. 2004, 257 (260); Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 84f..

²¹⁴ Gampp/Hebeler in BayVBl. 2004, 257 (258); Schwabe in JZ 1998, 66 (69).

²¹⁵ Schwabe in JZ 1998, 66 (69).

²¹⁶ dazu ausführlich im Punkt **III.4.**

²¹⁷ vgl. hierzu im Punkt **III.4.**

²¹⁸ etwa Dürig in Maunz/Dürig, Bd. I, Art. 2 I Rn. 12; Lorenz in Isensee/Kirchhof, Hdb. des Staatsrechts, Band VI, § 128 Rn. 62; Gampp/Hebeler in BayVBl. 2004, 257 (259); Schwabe in JZ 1998, 66 (69).

²¹⁹ Gampp/Hebeler in BayVBl. 2004, 257 (259); Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 176.

das Recht hat, „körperlich unversehrt zu bleiben oder es zu lassen“.²²⁰ Der darin zum Ausdruck kommende „bestandsorientierte“ Abwehrrechtscharakter gilt für das Recht auf Leben gleichermaßen wie für das Recht auf körperliche Unversehrtheit.

Freilich ist damit noch nicht geklärt, ob das Leben als Schutzgut indisponibel ist und deshalb seine Preisgabe darüber hinaus auch generell weder vom Recht auf Leben noch den übrigen Grundrechten erfasst werden kann. Hiermit soll sich allerdings nicht hier, sondern im Zusammenhang mit der Erörterung eines möglichen Einschreitens gegen den sich freiverantwortlich Gefährdenden noch näher befasst werden – vgl. hierzu **III.3.**

d) Die Freiheit der Person

Nach der „weiten Auslegung“ umfasst die in der Freiheit der Person nach allgemeiner Ansicht verankerte körperliche Bewegungsfreiheit das Recht, jeden beliebigen Ort aufzusuchen oder zu vermeiden. Die Freiheit der Person schütze die bloße Ortsveränderung ohne Absicht der Verlegung des Lebensschwerpunktes (dann: Freizügigkeit) im gesamten Geltungsbereich des Grundgesetzes.²²¹ Hiernach wäre auch der Entschluss, einen gefährlichen Ort aufzusuchen oder dort zu verweilen bzw. eine damit einhergehende Selbstgefährdung umfasst.

Nach der vorzugswürdigen „engen Auslegung“ allerdings ist die Freiheit der Person nur betroffen, wenn die körperliche Bewegungsfreiheit physisch (insbesondere auf einen bestimmten Ort) eingeschränkt wird oder werden soll, also durch unmittelbaren Zwang oder gegebenenfalls auch die Drohung hiermit.²²² Dies ist – was das Grundgesetz anbelangt – systematisch damit zu begründen, dass die Freiheit der Person im Zusammenhang mit den vorstehenden Grundrechten auf Leben und körperliche Unversehrtheit steht, die ebenfalls weitgehend vor physischen Beeinträchtigungen schützen.²²³ Das

²²⁰ vgl. Schwabe in JZ 1998, 66 (69); Gampp/Hebeler in BayVBl. 2004, 257 (259); Schulze-Fielitz in Dreier, Bd. I, Art. 2 II Rn. 32.

²²¹ etwa Tiemann in NVwZ 1987, S. 14f.; Pieroth/Schlink, 24. Auflage, S. 98 Rn. 413ff.; Möller/Wilhelm, Allg. POR, 5. Auflage, Rn. 351.

²²² etwa BVerfGE 22, 21 (26); 94, 166 (198); bay VGH in DÖV 1999, 520; Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 74f.; Gussy, 6. Auflage, S. 131 Rn. 282; wohl auch Jarass in Jarass/Pieroth, Art. 2 Rn. 112; Antoni in Seifert/Hömig, 8. Auflage, Art. 2 Rn. 13.

²²³ Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 73.

Grundrecht steht aber auch entstehungsgeschichtlich insgesamt in der Tradition des „Habeas-corpus-Rechts“, das die Freiheit von Festnahmen und verwandten, mit körperlichem Zwang verbundenen Freiheitsbeschränkungen durch die öffentliche Gewalt betraf.²²⁴

Dem Grundrecht auf Freiheit der Person lässt sich mit dieser zutreffenden Auslegung denn auch ebenso wenig wie den Grundrechten auf Leben und körperliche Unversehrtheit ein originärer Schutz vor konkret selbstgefährdenden Verhaltensweisen entnehmen. Umfasst werden zwar Verhaltensmöglichkeiten bzw. Handlungsbefugnisse in dem Sinne, dass beispielsweise ein spezifischer Ort verlassen werden kann oder nicht. Diese werden jedoch nur vor physischem Zwang abgesichert.²²⁵

Das Grundrecht auf Freiheit der Person mag somit zwar insbesondere Bedeutung erlangen, wenn eine Person zum Schutz vor sich selbst mittels physischen Zwangs an einen anderen Ort – etwa ein Krankenhaus – verbracht werden soll, es gewährleistet jedoch aus sich selbst heraus keinen speziellen abwehrrechtlichen Schutz in Bezug auf konkrete Selbstgefährdungshandlungen.

e) Tatsächliche Handlungsfreiheiten aus den Grundrechten

Sofern es sich hingegen ausdrücklich um Handlungsfreiheiten handelt und dem Grundrechtsträger nach eigenem Gutdünken die Ausübung freigestellt ist bzw. dies gerade auch Inhalt des grundrechtlichen Schutzes ist, wird mitunter ein grundsätzlich bestehendes Recht zur Selbstgefährdung in den Schutzbereichen der im jeweiligen Fallzusammenhang speziell einschlägigen Grundrechte zu verankern sein.²²⁶

Die Religions-, Gewissens- oder Weltanschauungsfreiheit etwa, die vom Bundesverfassungsgericht als einheitliches Grundrecht interpretiert wird²²⁷, garantiert dem Grundrechtsträger die Nichthinderung in entsprechender Weise motivierten Verhaltens. Wenngleich die garantierten Freiheiten in

²²⁴ Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 74; vgl. auch Jarass in Jarass/Pieroth, Art. 2 Rn. 112; BVerfGE 94, 166 (1998).

²²⁵ Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 74f..

²²⁶ vgl. Gamp/Hebeler in BayVBl. 2004, 257 (258ff.); Schwabe in JZ 1998, 66 (68f.); Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 31ff..

²²⁷ BVerfGE 24, 236 (246); 32, 98 (106); 93, 1 (15).

diesem Zusammenhang praktisch nicht von allzu großer Relevanz sind²²⁸, kann sich vor diesem Hintergrund dennoch die Situation ergeben, dass auch ein selbstgefährdendes Verhalten Ausdruck einer subjektiven Glaubensüberzeugung oder Gewissensentscheidung ist und unter Berufung hierauf erfolgt.²²⁹

Die Meinungsfreiheit gewährt die Möglichkeit zur freien Meinungsäußerung als Ausfluss der eigenen Entscheidung. Auch vor diesem Hintergrund kann eine drohende Selbstverstümmelung z.B. dann am gegenüber der Allgemeinen Handlungsfreiheit spezielleren Grundrecht zu messen sein, wenn hiermit Forderungen und Aussagen eine breitere Öffentlichkeitswirkung verliehen und Druck auf etwaige Entscheidungsträger ausgeübt werden soll²³⁰ – dies gilt jedenfalls, sofern man insoweit konsequent auch Handlungen im Umfeld der eigentlichen Meinungsäußerung in den Schutzbereich mit einbeziehen will, die die Kundgabe begleiten und ihre Wirkung verstärken sollen.²³¹

Auf ähnliche Weise wird man beispielsweise mitunter ein selbstgefährdendes Verhalten sogenannter „Aktionskünstler“ als von der Kunstfreiheit erfasst ansehen können. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn man mit dem materiellen Kunstbegriff²³² die freie schöpferische Gestaltung als unmittelbaren Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers in diesem Kontext für wesentlich halten will. Gleiches gilt in Bezug auf die Freiheit der Forschung etwa für den gefährlichen medizinischen Selbstversuch zum Zwecke der wissenschaftlichen Erkenntnisgewinnung, sofern man von einem nach Inhalt und Form ernsthaften und planmäßigen Versuch zur Ermittlung der Wahrheit ausgehen kann.²³³

Die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie schützt die ausschließliche Zuordnung einer vermögenswerten Position durch das einfache Recht zu einem bestimmten Zeitpunkt. Daraus folgt, dass nicht das Vermögen als sol-

²²⁸ Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 31.

²²⁹ zu BVerfGE 32, 98ff. ausführlich Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 31ff., und Hillgruber, S. 91ff.; Gamp/Hebeler in BayVBl. 2004, 257 (258).

²³⁰ Gamp/Hebeler in BayVBl. 2004, 257 (258).

²³¹ Gamp/Hebeler in BayVBl. 2004, 257 (258); ausführlich Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 42f.

²³² BVerfGE 30, 173 (188ff.); 67, 213 (226) m.w.N..

²³³ Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 47 m.w.N..

ches, sondern nur das einzelne Vermögensrecht diesem Schutz unterliegt.²³⁴ Soweit der Eigentümer nach einfachem Recht also mit seiner Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen, die Sache also auch insoweit „selbstgefährdend“ beschädigen oder vernichten darf, werden diese Rechtspositionen als Handlungsfreiheiten durch die Eigentumsgarantie geschützt, welche die Allgemeine Handlungsfreiheit verdrängt.²³⁵

Auch die Berufsfreiheit vermittelt als einheitliches Grundrecht das Recht der freien Wahl und Ausübung einer die Lebensgrundlage schaffenden und erhaltenden, auf Dauer angelegten Tätigkeit.²³⁶ Somit kann auch etwa die Ausübung einer gefährlichen Berufssportart als Selbstgefährdung geschützt sein.²³⁷

Ferner ist denkbar, dass die selbst- bzw. ehrgefährdende Preisgabe von intimen Informationen, die geeignet sind, Ruf und Ansehen der Person zu schädigen, oder eine entsprechend gewollte Selbstdarstellung in der Öffentlichkeit vom Allgemeinen Persönlichkeitsrecht erfasst werden können, welches dem Einzelnen die Befugnis verleiht grundsätzlich selbst über die Offenbarung seiner persönlichen Lebenssachverhalte zu bestimmen²³⁸ und sich nach eigener Vorstellung darzustellen.²³⁹

f) Eingriff

Eingriffe in die Schutzbereiche der Grundrechte sind im Wege von an die sich selbst gefährdende Person gerichteten Ver- und Geboten oder durch faktischen Zwang denkbar.²⁴⁰

Unterhalb dieser Schwelle einer klassischen, vom Einzelnen nicht gewollten Hinderung an der „reinen“ Selbstgefährdung ist ein polizeilich betriebener Eingriff in grundrechtliche Schutzbereiche allein zum Schutz der Person auf der Grundlage der Generalklausel schwerlich vorstellbar – dies gilt jeden-

²³⁴ BVerfGE 74, 129 (148); 72, 175 (193).

²³⁵ Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 277.

²³⁶ vgl. BVerfGE 7, 377 (397).

²³⁷ Gampp/Hebeler, BayVBl. 2004, 257 (259).

²³⁸ zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung etwa Hofmann in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Art. 2 Rn. 26.

²³⁹ BVerfGE 54, 148 (153); 103, 21 (33) m.w.N.; Pieroth/Schlink, 24. Auflage, S. 88 Rn. 377ff.; Antoni in Seifert/Hömig, Art. 1 Rn. 14.

²⁴⁰ Gampp/Hebeler in BayVBl. 2004, 257 (260); Schwabe in JZ 1998, 66 (68).

falls in Fällen einer wie hier zu verstehenden „reinen“ Selbstgefährdung. Eine polizeilicherseits ausgesprochene Warnung in Bezug auf (mögliche) Folgen des „rein“ selbstgefährdenden Verhaltens stellt einen solchen Eingriff gegenüber dem Selbstgefährder jedenfalls dann nicht dar²⁴¹, wenn sie „korrekt“ vorgebracht wird und die Person zu einer freiverantwortlich getroffenen Entscheidung lediglich anleiten soll, indem sie entsprechend die individuellen Entscheidungsspielräume beachtet.

Es soll und kann sich daher bei der Untersuchung „reiner“ Selbstgefährdung auf die Hinderung des Verhaltens durch die Polizei im Wege des klassischen Eingriffs beschränkt werden.

g) Fazit

Der verfassungsrechtliche Freiheitsbegriff ist im Ausgangspunkt umfassend im Sinne einer allgemeinen Handlungsfreiheit zu verstehen. Grundrechtlich geschützt wird jede menschliche Tätigkeit, also auch eine („reine“) Selbstgefährdung des Menschen. Ob dabei demgegenüber speziellere Grundrechte bisweilen vorrangig sind, ist unter zweierlei Voraussetzungen zu untersuchen:

Zum einen ist erforderlich, dass der grundrechtliche Schutzbereich des in Frage kommenden spezielleren Grundrechts gerade (auch) eine ins Belieben des Grundrechtsträgers gestellte Handlungsfreiheit als positiven und negativen Gewährleistungsgehalt erfasst. Dies ist bei der Glaubens- und Gewissensfreiheit, mitunter dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht, Meinungs- und Kunstfreiheit, Wissenschaftsfreiheit, Berufsfreiheit oder gegebenenfalls auch der Eigentumsgarantie, nicht aber beim Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, der Menschenwürde oder der Freiheit der Person der Fall. Ob in der Folge tatsächlich eines dieser spezielleren Grundrechte einschlägig und die („reine“) Selbstgefährdung hieran zu messen ist, wird man

²⁴¹ Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, S. 222: „Dies bedeutet nicht, dass notwendig ein Verbot des gefährlichen Tuns erfolgen müsste, vielmehr wird das Schutzrecht in der Regel eher auf Warnung und Aufklärung oder auf Entschärfung der Gefahrenquelle und das Bereitstellen von Rettungsmitteln gehen. [...] In den meisten praktischen Fällen wird es sich nicht um einen [...] Eingriff in das Recht auf Risiko handeln, sondern um einen Schutz für ihn, vom Staat wahrgenommen, somit um einen bloß zur Verfügung gestellten, nicht aufgedrängten Schutz.“

(wohl) im Einzelfall am Schwerpunkt des Verhaltens im Lichte der grundrechtlichen Schutzbereiche festmachen können und müssen.²⁴²

Auf Formulierungen, die eine hinreichende (Einsichts-)Fähigkeit zu freier Betätigung des Einzelnen bei der „reinen“ Selbstgefährdung postulieren, wird später im Punkt **III.2.d)** einzugehen sein. Jedenfalls gilt es im Ausgangspunkt festzuhalten, dass auch die Hinderung einer („reinen“) Selbstgefährdung als Eingriff in Grundrechte der Rechtfertigung bedarf.

2. Rechtfertigung über die umfassende Sicherheitsaufgabe des Staates und insbesondere über die Grundrechte als in diesem Sinne zu verstehende Schutzpflichtgaranten

Zum Zwecke der Rechtfertigung einer Freiheitsbeschränkung könnte auf die staatliche Sicherheitsaufgabe und enger betrachtet insbesondere auf die Grundrechte als Garanten von Schutzpflichten neben ihrer originären Funktion als reine Abwehrrechte abgestellt werden. Dieses Verständnis der Grundrechte hat – wie an anderer Stelle²⁴³ bereits beschrieben wurde – jedenfalls dort seine Berechtigung und gilt vollumfassend in Bezug auf sämtliche Grundrechte, wo Dritte oder sonstige äußere Umstände eine Rechtsverwirklichung gefährden.²⁴⁴ Es fragt sich nun, ob oder inwieweit es vor dem Hintergrund und als Teil einer umfassenden staatlichen Sicherheitsgewährleistung auch dazu nutzbar gemacht werden kann, den sich selbst Gefährdenden an der „reinen“ Selbstgefährdung²⁴⁵ zu hindern, statt eine ihm „von außen“ drohende Individualrechtsgutverletzung zu unterbinden.

a) Der Schutz grundrechtlich verfasster Individualrechtsgüter bei der „reinen“ Selbstgefährdung – Kurzüberblick über verbreitete Formulierungen in Literatur und Rechtsprechung und ihre Einordnung

Zur Bewältigung dieser wie im **II. Abschnitt** beschrieben zu verstehenden Fälle der „reinen“ Selbstgefährdung wird in Literatur und Rechtsprechung

²⁴² vgl. hierzu Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 31ff.; Gamp/Hebeler in BayVBl. 2004, 257 (258f.); anders Schwabe in JZ 1998, 66 (69), der speziellere Grundrechte nur ergänzend zur in Art. 2 I GG verbürgten allgemeinen Handlungsfreiheit heranziehen will.

²⁴³ zur Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten vgl. den Überblick unter **I.3.b).bb).(1)**.

²⁴⁴ zur umstrittenen Einordnung eines Schutzes vor Naturkatastrophen vgl. bereits Fußnote 69.

²⁴⁵ zum Begriff siehe den **II. Abschnitt**.

immer wieder mit sich aus den Grundrechten ergebenden Schutzpflichten oder hieran erinnernden Formulierungen argumentiert, ohne dabei allerdings immer einen größeren Zusammenhang und damit den dogmatischen Ansatzpunkt zulässigen staatlichen Schutzhandelns erkennbar werden zu lassen.

Begrenzt auf bestimmte Grundrechte geschieht dies vor allem auch im Rahmen der oben bereits dargelegten Auffassung, die für polizeiliches Einschreiten gemäß der Generalklausel ein eigens nachzuweisendes „öffentliches Interesse“ fordert.²⁴⁶ Ein solches und damit auch eine Eingriffsrechtfertigung sollen dabei vorliegen, wenn besonders „hochwertige Grundrechtsgüter“ – vor allem das Leben oder die körperliche Unversehrtheit – betroffen sind und die hierin verkörperte Schutzpflicht des Staates das Recht zur freien Selbstbestimmung des Einzelnen überwiegt. Dies erklärt sich daraus, dass grundrechtlich fundierte Schutzpflichten lediglich als Korrektiv geführt werden, das „ausnahmsweise“ ein „öffentliches Interesse“ begründen kann – nicht aber als umfassender Sicherheitsgarant. Das Vorgehen erweist sich als konsequent, wenn man bedenkt, dass dieser Auffassung im Ausgangspunkt ein liberal geprägtes staatliches Aufgabenverständnis zugrunde liegt und in der Folge die Grundrechte lediglich zur Begründung eines ausnahmsweise zulässigen paternalistischen Einschreitens der Polizei herangezogen werden. Grundrechtliche Schutzpflichten oder ganz allgemein auf den Grundrechten basierender Schutz sind dabei schließlich nicht Grundlage eines „öffentlichen Interesses“, sondern allenfalls begrenzte Erweiterung grundsätzlich nur in einem eigens zu prüfenden „öffentlichen Interesse“ angelegter staatlicher Befugnisse.²⁴⁷ Deshalb schlägt hier letztlich auch das „Gewicht“ nur bestimmter betroffener Individualrechtsgüter im Einzelfall zu Buche. Dies ist ihrer Verwendung als Ergänzung zur Begründung eines „öffentlichen Interesses“ statt als Ausgangspunkt eines umfassenden Schutzes des Einzelnen als originärem Allgemeininteresse geschuldet.

Angesprochen werden in diesem Kontext in erster Linie Selbstmordsituationen, weshalb ein auf überwiegende, Leib und Leben betreffende Schutz-

²⁴⁶ vgl. dazu oben unter **I.3.b).aa).**

²⁴⁷ vgl. **I.3..**

pflichten gestütztes Vorgehen der Polizei vielfach auch als Ausnahme zum grundsätzlichen Erfordernis eines „öffentlichen Interesses“ geführt wird.²⁴⁸

Auch ohne ausdrücklichen Bezug zu einem solchen „öffentlichen Interesse“ finden sich in der Literatur Formulierungen wieder, die eine Güterabwägung unter Zugrundelegung grundrechtlicher Schutzpflichten indizieren:

So heißt es etwa, die zwischen der staatlichen Pflicht zum Lebensschutz und dem aus der Entfaltungsfreiheit folgenden Recht auf Tod notwendige Güterabwägung könne im Einzelfall zu einem Vorrang des Rechts auf Tod führen.²⁴⁹ Nach Schulze-Fielitz²⁵⁰ beziehen sich Schutzpflicht und Abwehrrecht auf denselben personalen Grundrechtsträger: Einerseits gebe Art. 2 I GG das Recht zur Selbstschädigung an Leben oder Gesundheit, andererseits erlaube Art. 2 II 3 GG dem Staat die Handlungsfreiheit des Betroffenen im Interesse von Leben und Gesundheit einzuschränken. Obwohl er an anderer Stelle Schutzpflichten aus den Grundrechten neben ihrer Abwehrfunktion ablehnt²⁵¹, formuliert auch Littwin das Problem in „Grundrechtsschutz gegen sich selbst“ wie folgt: „Es ist von einem Nebeneinander verschiedener Grundrechte in einer Person auszugehen, wobei eine Interessenabwägung nach Maßgabe der praktischen Konkordanz erfolgen muss.“²⁵² [...] Das Abwehrrecht des Art. 2 I GG tritt mit den staatlichen Schutzpflichten in Konflikt.²⁵³

Die Rechtsprechung²⁵⁴ argumentiert ebenso mit den grundrechtlichen Schutzpflichten als Ausgangspunkt einer sich anschließenden, verfassungsrechtlich dominierten „Gegenüberstellung“. Das BVerwG führt beispielsweise aus: „Die staatliche Schutzverpflichtung [aus den Grundrechten] tritt

²⁴⁸ vgl. bereits oben unter **I.3.b).aa)** sowie die Formulierungen bei Wolff/Bachof, VerwR III, 4. Auflage, S. 53 Rn. 17; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, § 14 S. 229; wohl auch Tettinger/Erbguth/Mann, BesVerwR, 9. Auflage, S. 176 Rn. 449; Schenke, POR, 5. Auflage, S. 28 Rn. 57; Möller/Wilhelm, Allg. POR, 3. Auflage, S. 35; Ebert, S. 43; offenbar auch Scholler/Schloer, Grundzüge des POR der BRepD, 4. Auflage, S. 63.

²⁴⁹ Model/Müller, Art. 2 Rn. 22; zur Disponibilität des Rechtsguts „Leben“ vgl. unten unter **III.3.**

²⁵⁰ Schulze-Fielitz in Dreier, Bd. I, Art. 2 II Rn. 84, wenngleich er die Frage nach einem Schutz vor sich selbst zugleich als „ungeklärt“ bezeichnet.

²⁵¹ Littwin, S. 241; zum dogmatischen Einwand siehe unten unter **III.2.d).**

²⁵² Littwin, S. 236, allerdings im Rahmen einer Auseinandersetzung mit einem Grundrechtsverzichts als Ausdruck der Selbstbestimmung.

²⁵³ Littwin, S. 241.

²⁵⁴ vgl. auch die Zusammenstellung bei Hillgruber, S. 63ff..

in einen Gegensatz zu dem von Art. 2 I GG garantierten Selbstbestimmungsrecht, wenn dieses Recht mit dem Risiko der Selbstgefährdung ausgeübt wird.“²⁵⁵ Auch wenn dies sich am konkreten Fall letztlich nicht ausdrücklich festmachen lässt, so ist den Formulierungen des Gerichts dabei durchaus auch die Tendenz zu einem umfassenden Verständnis der grundrechtlichen Schutzpflichten als Eingriffsrechtfertigung zu entnehmen: „Wie *alle Grundrechte* (Hervorhebung vom Verfasser) beinhaltet auch das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit nicht nur die Gewährleistung eines subjektiven Anspruchs [...], vielmehr handelt es sich dabei auch um eine Norm als Teil einer objektiven Wertordnung. [...] Damit tritt diese staatliche Schutzverpflichtung in einen Gegensatz zum Selbstbestimmungsrecht, wenn dieses Recht mit dem Risiko der Selbstgefährdung ausgeübt wird.“²⁵⁶

In der Mehrzahl der Fälle lassen die Formulierungen dabei darauf schließen, dass im Endeffekt die Freiheit der Willensbildung und –entschließung des sich selbst Gefährdenden als primäres und grundsätzlich maßgebliches Kriterium in Selbstgefährdungsfällen gehandelt wird.²⁵⁷ Ein Einschreiten gegen den freiverantwortlich Handelnden soll bei der „reinen“ Selbstgefährdung nicht gangbar sein.²⁵⁸ Hiervon wird bisweilen in den sogenannten Selbststörungsfällen²⁵⁹ eine Ausnahme gemacht.

So führt das BVerwG²⁶⁰ weiter aus, sofern keine Selbstmordgefahr bestehe und die freie Willensbildung nicht beeinträchtigt sei, ergebe sich keine verfassungsrechtliche Legitimation dafür, die Handlungsfreiheit [des sich Gefährdenden] in dessen eigenem Interesse einzuschränken. Auch das VG Aa-

²⁵⁵ BVerwG vom 27.04.1989, Az. 3 C 4/86 = BVerwGE 82, 45 (49) = BVerwG in NJW 1989, 2960f. zur Frage, ob dem ehemals psychisch Kranken die Einsichtnahme in seine Krankenhausakten zu eigenem Schutz verweigert werden durfte; vgl. auch vorher bereits BVerfGE 58, 208 (224ff.) bezüglich der Unterbringung eines psychisch Kranken zum Schutz vor Selbstschädigung; vgl. auch BayObLG in NJW 1989, 1815 (1816), obwohl an sich mit der Öffentlichen Ordnung argumentierend.

²⁵⁶ BVerwG vom 27.04.1989, Az. 3 C 4/86 = BVerwGE 82, 45 (49) = BVerwG in NJW 1989, 2960f..

²⁵⁷ BVerwG vom 27.04.1989, Az. 3 C 4/86 = BVerwGE 82, 45 (49f.) = BVerwG in NJW 1989, 2960f.; VG Aachen vom 17.02.2004, Az. 6 L 145/04 = NJW 2004, 1888f.; ohne ausdrücklichen Bezug zu den grundrechtlichen Schutzpflichten etwa Gamp/Hebeler in BayVBl. 2004, S. 261f. mwN.; Hillgruber, S. 175; Gusy, 6. Auflage, S. 42 Rn. 88; Pieroth/Schlink/ Kniessel, POR, § 8 Rn. 29; ähnlich Schoch in Schmidt-Aßmann/Schoch, BesVerwR, 14. Auflage, S. 183 Rn. 74.

²⁵⁸ etwa Gamp/Hebeler in BayVBl. 2004, S. 261f. und 264; im Ergebnis ebenso Hillgruber, S. 175ff., und Littwin, S.244, vgl. dazu auch unten unter **III.2.d).**

²⁵⁹ ob diesbezüglich eine systematische Sonderstellung notwendig bzw. stringent ist, wird später unter **III.3.** zu behandeln sein.

²⁶⁰ BVerwG vom 27.04.1989, Az. 3 C 4/86 = BVerwGE 82, 45 (50).

chen²⁶¹ formuliert, dem staatlichen Schutzauftrag gebühre jedenfalls dann der Vorrang, wenn sich nicht sicher feststellen lasse, ob ein Einverständnis des Selbstgefährders auf einem freien Willensentschluss beruhe oder ob es nicht doch geprägt sei von einem – wirtschaftlichen oder sozialen – Abhängigkeitsverhältnis (zum Gewalttäter).²⁶²

b) Die Schutzberechtigung aus der staatlichen Sicherheitsaufgabe und ihre Reichweite

Die staatliche Sicherheitsaufgabe beinhaltet nach den im **I. Abschnitt** ausgeführten Überlegungen den Schutz von Individualrechtsgütern auf der Grundlage grundrechtlicher Schutzpflichten. Teilweise wird sie dabei ausdrücklich so verstanden, dass nicht nur Bedrohungen durch Dritte oder „äußere Umstände“, sondern auch ein Schutz des sich selbst gefährdenden Einzelnen bzw. seiner grundrechtlich verfassten Individualrechtsgüter hierunter zu fassen sei.²⁶³ Begründet wird dies damit, dass die staatliche Aufgabe zur Sicherheitsgewährleistung bzw. das „Recht auf Sicherheit“ in seinem Bestand nicht von der Art der Gefahrenquelle abhängig sei²⁶⁴; der Schutz vor Selbstgefährdung sei prinzipiell dem Schutz vor anderen Gefahrenquellen gleichzustellen.²⁶⁵ Wenn nämlich wirklich die abwehrrechtlichen Grundrechtsbestimmungen mit ihren Schutzgütern die Schutzrechte maßgeblich stützen, könne die Quelle der abzuwendenden Beeinträchtigung grundsätzlich keine entscheidende Bedeutung besitzen.²⁶⁶ Der Schutz der grundrechtlichen Schutzgüter erweise vielmehr die Gefahrenabwehr als Aufgabe, die (nicht nur bei natürlichen Gefahren²⁶⁷ „herkömmlich von den Polizeibehör-

²⁶¹ VG Aachen vom 17.02.2004, Az. 6 L 145/04 = NJW 2004, 1888 (1888f.).

²⁶² im konkreten Fall lag nach dem oben hierzu Gesagten ohnehin bereits eine Fremdgefährdung durch den gewalttätigen Ehegatten als Fremdgefährder und eine Gefahr für die Rechtsordnung vor; dennoch wird die Stoßrichtung der Argumentation deutlich.

²⁶³ Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, S. 220ff.; Stern, Staatsrecht, Bd. III, 1. Halbband, § 67 S. 736.

²⁶⁴ Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, S. 221; mit weitem Verständnis offenbar auch Hopfauf in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Einleitung Rn. 141: „... andere Gefährdungslagen ...“.

²⁶⁵ Stern, Staatsrecht, Bd. III, 1. Halbband, § 67 S. 736; vgl. auch Hopfauf in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Einleitung Rn. 141.

²⁶⁶ Stern, Staatsrecht, Bd. III, 1. Halbband, § 67 S. 734.

²⁶⁷ zur umstrittenen Frage, ob nicht nur ein Schutzhandeln bei Angriffen Dritter, sondern auch bei Naturkatastrophen der staatlichen Sicherheitsaufgabe unterfällt, vgl. bereits Fußnote 69; zu Recht führt Stern, Staatsrecht, Bd. III, 1. Halbband, § 67 S. 735 aus: „Den wichtigen Beitrag zur Verwirklichung von Grundrechtspositionen leistet ei-

den ebenfalls wahrgenommen“ wird, sondern die) insgesamt eine sachlogische Einheit bildet.²⁶⁸

Dabei soll eine in der Aufgabe zur Sicherheitsgewährleistung liegende staatliche Schutzberechtigung vom Willen des zu Schützenden abhängig sein: „Das Problem der Befugnis zur Selbstgefährdung wird, geht man von der Existenz des Rechts auf Schutz aus, zur Frage des Verzichts auf in den Einzelgrundrechten verankerte Rechtspositionen.“²⁶⁹ Die Wirksamkeit eben dieses Verzichts sei den Voraussetzungen völliger Freiwilligkeit unterworfen, zu der sowohl die subjektive Fähigkeit wie das Vorliegen der objektiven Voraussetzungen verantwortlicher Entscheidung gehören.²⁷⁰ Dies soll zu einem Schutz vor Selbstgefährdung aber nicht „gegen sich selbst“ führen, der seine Bedeutung dann besitzt, wenn der Grundrechtsträger die Folgen seines Tuns nicht angemessen abschätzen kann und ihm die Tragweite seines Handelns nicht bewusst ist – also insbesondere bei Kindern und Erwachsenen, die sich in einem die freie Willensbildung ausschließenden Zustand befinden, aber auch in Fällen, in denen die objektiven Voraussetzungen verantwortlicher Entscheidung besonders wegen der Unübersichtlichkeit der Lebensverhältnisse nicht vorliegen.²⁷¹

Der Verzicht auf grundrechtlich verfasste Individualrechtsgüter wird in der Literatur teilweise von der Figur des Grundrechtsverzichts²⁷² abgegrenzt.²⁷³ Der Grundrechtsverzicht setze begriffsnotwendig eine Rechtsposition voraus, derer sich der Verzichtende entäußern könne. Diese Rechtsposition bestehe jedoch grundsätzlich nur im Verhältnis Bürger – Staat. Bei der Problematik eines Grundrechtsschutzes gegen Selbstgefährdung werde jedoch nicht auf die Wahrnehmung eines Grundrechtes gegenüber dem Staat, son-

ne wirksame Gefahrenabwehr gegenüber einem vom Blitzschlag erzeugten Feuer nicht anders als bei Brandstiftung.“

²⁶⁸ Stern, Staatsrecht, Bd. III, 1. Halbband, § 67 S. 735f.; vgl. auch Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, S. 228ff.;

²⁶⁹ Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, S. 221.

²⁷⁰ Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, S. 222.

²⁷¹ Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, S. 221f..

²⁷² manche Grundrechte machen ihre Schutzwirkung ausdrücklich vom Willen des Bürgers abhängig, so zum Beispiel Art. 16 I GG. Weitere ausdrücklich zulässige Fälle eines Grundrechtsverzichts finden sich in Art. 6 III GG und Art. 7 III 3 GG. Ob darüber hinaus die generelle Möglichkeit besteht, auf seinen Grundrechtsschutz zu verzichten, wird kontrovers diskutiert - vgl. hierzu Robbers in JuS 1985, S. 925ff..

²⁷³ Gamp/Hebeler in BayVBl. 2004, S. 257f.; Schwabe in JZ 1998, 66 (68); vgl. auch Littwin, S. 228ff.; Hillgruber, S. 134ff..

dern auf ein grundrechtliches Schutzgut verzichtet und dieser Verzicht erfolge „gegenüber sich selbst“.²⁷⁴ Wer zum Beispiel Suizid begehe, dispensiere nicht den Staat von der Respektierung des Grundrechts auf Leben.²⁷⁵

Demgegenüber mag zuzugeben sein, dass zwar der Verzicht auf die Integrität eines grundrechtlichen Schutzgutes zunächst einmal gegenüber der und durch die sich selbst gefährdenden Person erfolgt. Mit einer Preisgabe der abwehrrechtlichen Funktion der Grundrechte und ihrer Respektierung durch den Staat hat dies nichts zu tun. Fasst man jedoch die staatliche Sicherheitsaufgabe und insbesondere die Schutzpflichten als Garanten der grundrechtlich fixierten Individualrechtsgüter auf, dann muss ein „Verzicht“ durchaus nicht nur gegenüber sich selbst stattfinden. Gleichmaßen kann nämlich in der Selbstgefährdungshandlung dann auch eine die Schutzberechtigung ausschließende Absage an staatlichen Schutz gesehen werden – und zwar im Verhältnis zum Staat in Form einer Freiheitsausübung. Dies ist (wohl) gemeint, wenn vom Verzicht auf in den Einzelgrundrechten verankerte Rechtspositionen²⁷⁶ oder auf Schutzgüter²⁷⁷ die Rede ist. Fraglich ist allerdings, ob es einer solchen Konstruktion des notwendig freiverantwortlichen, konkludenten Verzichts auf grundrechtlich fundierte Individualrechtsgüter als Ausprägung eines Rechts auf Selbstgefährdung überhaupt bedarf, wenn es sich um Fälle eines Einschreitens gegen den sich freiverantwortlich Gefährdenden und den Ausschluss einer staatlichen Schutzberechtigung handelt.

Betont man zum einen die staatliche Sicherheitsaufgabe und nimmt man dabei an, dass die staatliche Schutzpflicht sich primär aus einem Recht des Einzelnen auf Schutz ergibt, dann bleibt der Wille des Einzelnen für die Gewährleistung des Schutzes bestimmend.²⁷⁸ Die staatliche Schutzberechtigung stellt mit dieser Überlegung von vorneherein nur die „Kehrseite“ zu einem im Rahmen der staatlichen Sicherheitsaufgabe positiv gewährleisteten „Recht auf Schutz“ dar, die nicht isoliert vom freiverantwortlichen und inso-

²⁷⁴ Schwabe in JZ 1998, 66 (68); Gampp/Hebeler in BayVBl. 2004, S. 257f..

²⁷⁵ Gampp/Hebeler in BayVBl. 2004, S. 257f.; Hillgruber, S. 137; ebenso Schwabe in JZ 1998, 66 (68).

²⁷⁶ Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, S. 221.

²⁷⁷ Schwabe in JZ 1998, 66 (68).

²⁷⁸ vgl. Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, S. 221.

fern beachtlichen Willen des Einzelnen betrachtet und zu einer pauschalen Eingriffslegitimation umfunktioniert werden kann. Daraus kann geschlossen werden, dass in den Fällen einer freiverantwortlich erfolgenden „reinen“ Selbstgefährdung schon gar keine Schutzberechtigung des Staates als Ausfluss der staatlichen Sicherheitsaufgabe und grundrechtlicher Schutzpflichten gegeben ist, ohne dass es in der Folge noch der Rechtsfigur eines Verzichts auf das Individualrechtsgut bedürfte, der wirksam erfolgen muss.²⁷⁹

Diese Überlegungen finden eine Stütze im allgemeinen Ansatz der Schutzpflichtendogmatik: So sind Schutzpflichten aus den Grundrechten – unabhängig von ihrer Herleitung aus einer objektiven Werteordnung oder dem Freiheitsgedanken – von vorneherein für Fallgestaltungen entwickelt worden, in denen eine Gefahr für ein Grundrecht droht, die der Grundrechtsträger selbst nicht zumutbar oder nicht mit legalen Mitteln beseitigen kann.²⁸⁰

In diesem Zusammenhang wurde die u.a. nach hiesiger Auffassung beim polizeilichen Individualschutz maßgebliche Bedeutung gewinnende Auslegung ursprünglich gefunden.²⁸¹ Führt man sich nun die hier schwerpunktmäßig zu untersuchenden und wie im **II. Abschnitt** dargestellt zu verstehenden Situationen einer „reinen“ Selbstgefährdung vor Augen, gilt es zu bedenken, dass dabei die Gefährdung eigener Individualrechtsgüter immer ausschließlich (bzw. tatherrschaftlich) im Verhalten der betroffenen Person selbst begründet ist. In diesem Kontext gewinnt eine Schutzberechtigung aus Schutzpflichten gegenüber dem Selbstgefährder ihre hauptsächliche und maßgebliche Bedeutung, da andernfalls (zumindest auch) ein Schutz anderer oder des Allgemeinwohls zu Buche schließe. Wenn nun aber der Einzelne das Geschehen und seinen Ablauf freiverantwortlich und in vollumfänglicher

²⁷⁹ die Ausführungen von Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, S. 221 sind insoweit nicht eindeutig:

Einerseits wird – wie bereits gesehen – davon gesprochen, das Problem der Befugnis zur Selbstgefährdung werde, gehe man von der Existenz eines Rechts auf Schutz aus, zur Frage des Verzichts auf in den Einzelgrundrechten verankerte Rechtspositionen.

Andererseits lassen die Formulierungen aber auch den Schluss zu, dass sich ein Schutz gegen Selbstgefährdung von vorneherein nicht auf Fälle eines freiverantwortlichen Handelns erstrecken soll. So bestehe (nur) da ein Recht auf Schutz gegen Selbstgefährdung, wo dieser Schutz nicht aufgedrängt werde. Auch sei ein Rückgriff auf Art. 2 I GG als verfassungsrechtlich gewährleistetes Recht auf Selbstgefährdung (bei freiverantwortlichem Handeln) nicht erforderlich.

²⁸⁰ vgl. statt vieler Brünig in JuS 2000, 955ff.; s. auch Brünig/Helios in Jura 2001, 155 (157f.); Maihofer in Benda/Maihofer/Vogel, Hdb. des Verfassungsrechts, 2. Auflage, § 12 Rn. 129.

²⁸¹ BVerfGE 39, 1 (41) – Fristenlösung; BVerfGE 46, 160 (164) – Schleyer.

Kenntnis des Risikos in den Händen hält und sich dabei ausschließlich selbst gefährdet, dann wird man ihm stets einen Selbstschutz zumuten können und auch müssen, sofern man ihn nicht widersinnig patriarchalisch bevormunden will. Ein schlichtes Unterlassen, das Ausdruck einer freiverantwortlichen Entscheidung ist, ist immer zumutbar.

Wenn man diesen Ansatz verfolgen will, spricht abschließend also einiges dafür, bereits die staatliche Aufgabe zur Sicherheitsgewährleistung bzw. die grundrechtlichen Schutzpflichten als deren Fundament so aufzufassen, dass sie bzw. eine hieraus gewonnene Schutzberechtigung des Staates sich in ihrer Reichweite von vorneherein nur auf Fälle einer nicht freiverantwortlich erfolgenden „reinen“ Selbstgefährdung erstreckt und im Übrigen nicht besteht. Für eine weitergehende Ausdehnung grundrechtlicher Schutzpflichten ergibt sich weder Bedürfnis noch Raum. Ein Einschreiten gegen den Einsichtsfähigen wäre dann (zumindest im Grundsatz – zu möglichen Ausnahmen siehe in der Folge) nicht möglich, ohne dass es dafür der Begründung eines „Verzichts“ auf ein grundrechtlich verankertes Schutz- bzw. Individualrechtsgut als Ausdruck individueller Freiheitsausübung bedürfen sollte. Umgekehrt ist eine grundsätzliche Schutzberechtigung allerdings in jedem Fall dort gegeben, wo der Selbstgefährder nicht freiverantwortlich handelt. Damit macht es im Ergebnis freilich keinen Unterschied, ob man die Selbstgefährdungshandlung als eine im „Verzicht“ auf das grundrechtliche Schutzgut bzw. Individualrechtsgut liegende und in der Folge zwingend zu respektierende Selbstbestimmung auffassen oder bereits eine Schutzberechtigung als Ausfluss staatlicher Sicherheitsgewährleistung verneinen will. Jeweils stehen freier Wille und Einsichtsfähigkeit des Einzelnen seinem staatlicherseits betriebenen Schutz (grundsätzlich²⁸²) entgegen. Die letztgenannte Konstruktion erscheint jedoch insgesamt wegen ihrer Bezugnahme auf die inhaltlichen Grenzen grundrechtlicher Schutzpflichten und die Entbehrlichkeit der Rechtsfigur des „Verzichts auf grundrechtlich verfasste Güter“ klarer strukturiert, daher gegen die Gefahr einer Überdehnung von Schutzbefugnissen besser gewappnet und somit letztlich vorzugswürdig.

²⁸² zu möglichen Ausnahmen vgl. **III.3.** bis **III.5.**

Die primäre Maßgeblichkeit der Willensfreiheit²⁸³ bzw. Einsichtsfähigkeit²⁸⁴ des Betroffenen erweist sich auch bei einer ergebnisorientierten Betrachtung als sachgerecht, wenn man den Inhalt staatlicher Sicherheitsgewährung – wie hier – (auch) darin begreift, die Möglichkeiten des Einzelnen zur Freiheitsausübung zu sichern und ein entsprechendes Umfeld zu schaffen. Kennt der Betroffene den Umfang seiner Interessenpreisgabe oder des eingegangenen Risikos nicht oder schätzt ihn falsch ein, weil er sich in einem die Einsicht verhindernden Zustand befindet, so bedarf er staatlichen Schutzes. Freilich ist hierbei der Willensmangel im Einzelfall zu erforschen und in Beziehung zur Selbstgefährdung des konkret betroffenen Individualrechts-guts zu setzen. Namentlich setzt dies nicht unbedingt voraus, dass die sich einer Selbstgefährdung aussetzende Person geschäftsfähig bzw. volljährig ist²⁸⁵, sondern dass sie im maßgeblichen Gefährdungszeitpunkt eine zutreffende Vorstellung vom konkreten „Risiko-Umfang“ hat²⁸⁶. Hält man sich weiterhin vor Augen, dass die gesellschaftlich relevantesten Fälle nicht frei-verantwortlicher Selbstgefährdung ohnehin jene in einem Zustand vorübergehender Willensmängel begangenen sind und sich selbst bei psychischen Dauerzuständen²⁸⁷ ein sogenannter „lucidum intervallum“²⁸⁸ einstellen kann, so wird ersichtlich, dass die Willens- bzw. Einsichtsfähigkeit einen (freilich theoretisch) sachgerechten, einzelfallorientierten Primärmaßstab für die Behandlung selbstgefährdender Verhaltensweisen bietet. Dieser Primärmaßstab trägt dabei nicht nur dem Freiheitsgedanken des Grundgesetzes, sondern auch einem von der zentralen Aufgabe zur Sicherheitsgewährleistung geprägten Staatsverständnis Rechnung.²⁸⁹

c) Kritikpunkte gegenüber diesem Ansatz und ihre Einordnung

In der Literatur wird verbreitet auch ohne ausdrücklichen Bezug zu den grundrechtlichen Schutzpflichten bzw. der staatlichen Sicherheitsaufgabe die freie und unbeeinträchtigte Willensentscheidung als tragende Vorausset-

²⁸³ zur Freiheit der Willensbildung und –entschließung vgl. etwa Gropp Strafrecht-AT, § 6 Rn. 43ff..

²⁸⁴ zum Begriff vgl. etwa Gropp Strafrecht-AT, § 6 Rn. 40ff..

²⁸⁵ vgl. dazu Gropp Strafrecht-AT, § 6 Rn. 40.

²⁸⁶ vgl. etwa Tröndle/Fischer § 228 Rn. 7.

²⁸⁷ vgl. etwa Tröndle/Fischer § 20 Rn. 2.

²⁸⁸ zum Begriff Alpmann/Brockhaus, Fachlexikon Recht, S. 578.

²⁸⁹ vgl. bereits oben unter **I.3.bb)**..

zung für die Zulässigkeit eines selbstgefährdenden Freiheitsgebrauchs genannt.²⁹⁰ Sei dies nicht gegeben, so seien fürsorgliche Eingriffe zum Schutz des Selbstbestimmungsunfähigen ihrer Zweckrichtung nach gangbar.²⁹¹

Einer Argumentation mit den Schutzpflichten wird generell entgegengehalten, diese dienten als Teil des institutionellen Gehalts der Grundrechte nur der Verstärkung und Sicherung ihrer primär subjektivrechtlichen Schutzrichtung für den einzelnen und könnten deshalb nicht zu einer hiervon isolierten Pflichtbindung umfunktioniert werden.²⁹² Den Schutz vor Selbstgefährdung prinzipiell dem Schutz vor anderen Gefahren gleichzustellen und daraufhin den Schutzpflichtgedanken als Eingriffslegitimation heranzuziehen, führe zu einer Pervertierung der Grundrechte. Denn damit würden die Grundrechte das dem einzelnen nehmen, was sie ihm eigentlich gewähren sollen; eine so verstandene Schutzpflicht des Staates stelle sich als gegen die Freiheit gekehrte wohlfahrtsstaatliche Bevormundung dar.²⁹³ Die subjektive Grundrechtsposition des einzelnen als Abwehrrecht dürfe daher durch den objektiven Gehalt der Grundrechte nicht eingeschränkt werden.²⁹⁴ Littwin formuliert ähnlich: „Würde man den Grundrechtsträger selbst als Anspruchsgegner der Freiheitsrechte ansehen, führte das entgegen Art. 1 III GG zu einer unzulässigen Ausdehnung des Kreises der Grundrechtsadressaten und widerspräche dem primär subjektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte.“²⁹⁵

Dem letztgenannten Einwand gegenüber ist zunächst grundsätzlich festzustellen, dass mit dem hier vertretenen Verständnis der staatlichen Sicherheitsaufgabe der Einzelne als Hilfsbedürftiger nicht Gegner seines eigenen Grundrechts ist, sondern im Gegenteil potentieller Rechtsinhaber dort, wo er sich selbst nicht zumutbar schützen kann bzw. ein „Verzicht“ unwirksam wäre. Staatlicher Schutz kann und muss bei der Herleitung aus dem Frei-

²⁹⁰ Gampp/Hebeler in BayVBl. 2004, S. 261f. mwN.; Hillgruber, S. 175 und 121f.; Gussy, 6. Auflage, S. 42 Rn. 88; Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 5. Auflage, S. 131ff. Rn. 27ff.; Schwabe in JZ 1998, 66 (70).

²⁹¹ etwa Hillgruber, S. 121; Gampp/Hebeler in BayVBl. 2004, S. 261f..

²⁹² Gampp/Hebeler in BayVBl. 2004, S. 261; Schwabe in JZ 1998, S. 70.

²⁹³ Gampp/Hebeler in BayVBl. 2004, S. 261 mwN..

²⁹⁴ Hillgruber, S. 176.

²⁹⁵ Littwin, S. 241.

heitsgedanken in diesem Zusammenhang als Element einer positiven Gewährleistung verstanden werden, die in Fällen der Hilflosigkeit des Einzelnen eingreifen kann – zu seinen Gunsten. Hierin liegt dann vor allem eine Sicherung individueller Rechtsgüter und -positionen und damit letztlich auch der abwehrrechtlichen Funktion der Grundrechte.

Dennoch sind die Gedanken in Anbetracht der auch hier im **I. Abschnitt** verfochtenen Herleitung grundrechtlicher Schutzpflichten aus dem „positiven Zusammenhang zwischen Sicherheit und Freiheit“ zunächst durchaus überzeugend, solange es sich im konkreten Fall um eine freiverantwortlich erfolgende „reine“ Selbstgefährdung handelt. Insoweit wirken sie bekräftigend gegenüber dem hier vertretenen Ansatz. So kann auch nach letzterem von einer Einschränkung der Grundrechte als Abwehrrechte durch ihren Schutzgehalt bei einer Eingriffsrechtfertigung über die staatliche Sicherheitsaufgabe von vorneherein dann nicht gesprochen werden, wenn die sich selbst gefährdende Person freiverantwortlich handelt. Hier mangelt es nach den obigen Ausführungen an einer Schutzberechtigung – unabhängig davon, ob dies Folge eines freiwilligen „Verzichts“ auf das Schutzgut oder nach vorzugswürdiger Konstruktion immanente Grenze des funktionellen Sicherheitsverständnisses ist. Zu einer Konfrontation von Abwehr- und Schutzrecht bzw. -pflicht in einer Person kann es hingegen kommen, wenn der Einzelne nicht freiverantwortlich handelt. In dieser Hinsicht soll sich nunmehr mit der Kritik, sonstigen Lösungsansätzen und insbesondere mit der Frage auseinandergesetzt werden, ob es sinnvoll ist, dem mit einer „teleologischen Betrachtung“ des Selbstbestimmungsrechts zur „Vermeidung einer – untechnisch gesprochen – Kollision zwischen Abwehr- und Schutzfunktion in einer Person“ zu begegnen.

d) „Teleologische Betrachtung“ der Freiheitsausübung eines nicht freiverantwortlich Handelnden erforderlich? – Frage nach einer alternativen Grundlage für eine staatliche Schutzberechtigung

aa) Überblick über verschiedene Lösungsformulierungen

Hillgruber, Schwabe oder Gampp/Hebeler nutzen in ihren Ansätzen den Verzicht auf das geschützte Grundrechtsgut bei freiverantwortlichem Ver-

halten und im Gegenzug hierzu bei nicht freiverantwortlichem Handeln eine teleologische Betrachtung des Schutzbereichs der Freiheitsrechte zur Bewältigung der Fälle einer „reinen“ Selbstgefährdung:

Systematischer Ausgangspunkt der Lösung ist offenbar die Überlegung, dass ein (auf den Grundrechten beruhender) Schutz neben der Abwehrfunktion der Grundrechte in einer Person nicht zum Tragen kommen kann – dazu bereits oben. Die freiverantwortlich erfolgende Rechtsgutbeeinträchtigung des Grundrechtsträgers soll deshalb einerseits einen zu respektierenden Verzicht auf den etwaigen Schutz, genauer gesagt auf das geschützte Individualrechtsgut selbst darstellen und sei als Freiheitsausübung im Sinne der Grundrechte aufzufassen.²⁹⁶ Hingegen wird andererseits auch angenommen, dass der nicht freiverantwortlich Handelnde geschützt bzw. an der Selbstgefährdung gehindert werden muss.²⁹⁷ Da jedoch eine abwehrrechtlich gegen den Staat abgesicherte Freiheitsausübung einen – aus den Grundrechten zu entnehmenden – Schutz „gegen sich selbst“ ausschließen soll, stellt sich das Problem des Fehlens einer überzeugenden (polizeilichen) Eingriffsberechtigung zugunsten der gefährdeten individuellen Rechtsgüter (bei ungeregelten Sachverhalten). Dem versucht man – soweit ersichtlich – mit einer teleologischen Grundrechtsbetrachtung zu begegnen. Ist der Grundrechtsträger zur freien Willensbildung nicht in der Lage bzw. handelt er nicht einsichtsfähig, dann werde ihm durch staatliche Bevormundung auch keine Freiheit genommen.²⁹⁸ Hillgruber²⁹⁹ formuliert grundlegend: „Schutzgegenstand der Gewährleistung des Art. 2 I GG ist Freiheit als das Vermögen, sein Verhalten selbst zu bestimmen. Das setzt Fähigkeit zur Selbstbestimmung voraus. Befindet sich der einzelne Mensch nicht im vollen Besitz seiner intellektuellen und voluntativen Fähigkeiten, so ist die Bildung eines freien Willens ausgeschlossen. [...] Sein Verhalten ist daher auch nicht als Ausdruck von

²⁹⁶ Hillgruber, S. 176; Schwabe in JZ 1998, S. 70; dem wäre jedoch die unter **III.2.b)** entwickelte Konstruktion vorzuziehen, wonach grundrechtliche Schutzpflichten als Ausdruck der staatlichen Sicherheitsaufgabe in Fällen einer freiverantwortlichen „reinen“ Selbstgefährdung von vorneherein nicht bestehen.

²⁹⁷ Hillgruber, S. 121 und 175f.; Schwabe in JZ 1998, S. 70; Gampp/Hebeler in BayVBl. 2004, 257 (261f.).

²⁹⁸ Schwabe in JZ 1998, S. 7; ebenso offenbar Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 5. Auflage, S. 132 Rn. 29: „Allerdings ist die grundrechtliche Selbstbestimmung nur eine solche, wenn sie von freiem Willen getragen ist, [...]“; Hillgruber, S. 121; Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 266.

²⁹⁹ Hillgruber, S. 121.

Selbstbestimmung staatlicherseits unbedingt anzuerkennen.“ Ein entgegenstehender natürlicher Wille sei rechtlich unbeachtlich.³⁰⁰

Diese Herangehensweise, das Handeln nicht als Freiheitsausübung oder Selbstbestimmung „anzuerkennen“³⁰¹, macht nach diesem Ansatz den Weg frei für einen Schutz (grundrechtlich) verfasster Individualrechtsgüter der sich nicht freiverantwortlich selbst gefährdenden Person. Unklar bleibt bei den Ausführungen Schwabes, Hillgrubers oder Gampp/Hebelers jedoch in weiten Teilen die Herleitung einer konkreten Grundlage für die Schutzberechtigung, die auch eben diese Güter des Selbstgefährders als Schutzgegenstand und die Reichweite des Schutzes erkennbar werden ließe. Zum Teil wird hierzu offenbar schlicht auf die generell freie Zwecksetzungskompetenz des Gesetzgebers verwiesen.³⁰² So wird in Bezug auf den Schutz psychisch gestörter Erwachsener nämlich festgestellt, dass Eingriffe zum Schutz des Kranken ihrer Zweckrichtung nach zulässig seien³⁰³ bzw. außer Streit stünden³⁰⁴. Bezüglich des Minderjährigen- und Jugendschutzes wird hingegen eine allgemeine verfassungsrechtliche Grundlage im Wächteramt der staatlichen Gemeinschaft im Sinne des Art. 6 II 2 GG gesehen.³⁰⁵

Insgesamt ganz ähnlich ist wohl der Ansatz Littwins einzuordnen – mit dem Unterschied, dass dieser im Ergebnis eine Schutzberechtigung zugunsten

³⁰⁰ Hillgruber, S. 122; ähnlich auch bereits die letztlich einschränkende Ergebnisformulierung auf S. 116: „Schutz des Menschen vor sich selbst gegen seinen [...] *beachtlichen* [Hervorhebung vom Verf.] Willen bedeutet eine Freiheitseinschränkung [...]“.

³⁰¹ Hillgruber, S. 121 und 122 m.w.N.; Gampp/Hebeler in BayVBl. 2004, 257 (262); Schwabe in JZ 1998, 66 (70); vgl. auch Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 266.

³⁰² so offenbar Hillgruber, S. 72 und 121; dagegen Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 279, der wie folgt formuliert: „Auf legislativer Ebene wird zwar vielfach von einer freien oder nur in äußersten Grenzen beschränkten Zwecksetzungskompetenz des Gesetzgebers ausgegangen, die Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes führt indes dazu, dass eine Grundrechtseinschränkung einem Rechtsprinzip dienen muss und nicht Selbstzweck sein darf. Aus der Höchststrangigkeit der Verfassung innerhalb der Normenhierarchie folgt dabei, dass nur andere Prinzipien von Verfassungsrang die Grundrechte einschränken können.“

³⁰³ Hillgruber, S. 121; vgl. auch Hillgruber, S. 72.

³⁰⁴ Schwabe in JZ 1998, 66 (70).

³⁰⁵ Schwabe in JZ 1998, 66 (70), formuliert insoweit freilich zustimmungswürdig, der Gesetzgeber dürfe und müsse typisieren, wenn er bei Minderjährigen den Mangel der notwendigen Einsichtsfähigkeit und Willensfreiheit unterstelle und folglich Jugendschutzbestimmungen erlasse; ähnlich Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 272; insoweit abweichend ist Hillgruber, S. 122ff. und 175, der Ansicht, die Zulässigkeit des Jugendschutzes ergebe sich nicht bereits aus einer anzunehmenden Unfähigkeit zu freier Selbstbestimmung, sondern aus seiner „Schutz- und Erziehungsbedürftigkeit“.

grundrechtlicher Individualrechtsgüter bei fehlender Willensfähigkeit allgemein aus dem sozialstaatlichen Fürsorgeprinzip herleiten will: „Soweit Selbstgefährdungen nicht mit Allgemeinwohlinteressen [oder Rechten anderer] eingeschränkt werden können, lässt sich eine Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts aus der Verfassung nur durch fehlende Wahrnehmungsfähigkeit der Grundrechte durch den Träger unter dem Gesichtspunkt der sozialstaatlichen Fürsorgepflicht begründen.“³⁰⁶ Diese Überlegungen finden ihr Pendant in einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts³⁰⁷ zur Unterbringung psychisch Kranker, in der eine staatliche Eingriffs- bzw. Schutzkompetenz durch den Sozialstaatsgedanken mitbegründet werden soll.

bb) Mangelnde Tragfähigkeit dieser Lösungsansätze

Die vorfindlichen Lösungsformulierungen sind allerdings kritikwürdig und erweisen sich insgesamt im Hergang der Ergebniserzielung nicht als überzeugend.

(1) Klarstellung: keine „teleologische Betrachtung“ der Freiheitsrechte

Will man – wie dies die Formulierungen andeuten mögen³⁰⁸ – in der Person des sich nicht freiverantwortlich selbst Gefährdenden mit einer sogenannten „Wahrnehmungsfähigkeit bezüglich grundrechtlich gesicherter Freiheiten“ operieren, so gewinnt die allein auf verfassungsrechtlicher Ebene angesiedelte Argumentation in letzter Konsequenz bedenkliche Ähnlichkeit zu der an anderer Stelle abgelehnten³⁰⁹ Persönlichkeitskerntheorie: Wie gesagt sollen gegenläufige Schutzpflichten neben der Abwehrfunktion der Grundrechte nicht zum Tragen kommen dürfen. Lässt man hingegen einen Schutz von (letztlich doch grundrechtlich verfassten) Individualrechtsgütern für die Fälle fehlender Einsichtsfähigkeit oder Willensfreiheit dennoch zu, weil dann hierin eine Freiheitsbeeinträchtigung nicht liegen könne, so wertet man sehr

³⁰⁶ Littwin, S. 244, in Anlehnung an BVerfGE 58, 208 (224ff.); vgl. auch Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 266.

³⁰⁷ BVerfGE 58, 208 (225); kritisch dazu Hillgruber, S. 72.

³⁰⁸ nicht ganz eindeutig Hillgruber S. 121, 147f. und 176.

³⁰⁹ Hillgruber, S. 175 (Nr. 1) und 116; Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 75ff.; Gampp/Hebeler in BayVB1. 2004, 257 (259f.); Schwabe in JZ 1998, 66 (69); vgl. auch in dieser Untersuchung im Punkt I-II.1..

schnell nicht mehr, ob einem Schutz im konkreten Einzelfall der Vorrang einzuräumen ist, sondern ob überhaupt eine staatlicherseits anzuerkennende Freiheitsausübung vorliegt, welche die Abwehrfunktion des Art. 2 I GG eröffnen und die Schutzdimension (anderer Grundrechte) verdrängen würde. Es stellt sich alsbald die keineswegs beabsichtigte³¹⁰ Frage nach der Wertigkeit des Freiheitsgebrauchs und – will man es überspitzt formulieren – eingedenk eines umfassenden Geisteskranken- und Minderjährigenschutzes auch allzu leicht die Frage nach einer pauschalen „Fähigkeit zu freiheitlicher Betätigung“. Dies schürt Bedenken, wenn man sich vor Augen führt, dass Freiheit und Sicherheit als ein Aspekt von Freiheit niemals unabhängig voneinander bestimmt werden können, sondern es eines angemessenen Ausgleichs bedarf.³¹¹ Ohne dass dies tatsächlich ausgesprochen wird, unterstünde damit unversehens nämlich auch bereits die Allgemeine Handlungsfreiheit als wegweisende Freiheits- und Auffangnorm dem Erfordernis einer allgemeinen bzw. situations- und individualgebundenen „Grundrechtsmündigkeit“³¹². Freilich würde auf diese Weise auch für die Fälle des Schutzes von nicht Einsichtsfähigen ein Zusammentreffen von freiheitlichem Abwehrrecht und grundrechtlich fundiertem Individualrechtsgüterschutz in einer Person vermieden – darin mag ein dogmatischer „Vorteil“ des Ansatzes zu sehen sein. Dies aber hieße gleichermaßen, im Wege einer eingriffsorientierten Sichtweise des Tatbestands dem nicht Einsichtsfähigen auch jene Rechtspositionen zu nehmen, die bei der Frage nach einem zulässigen oder unzulässigen Einschreiten gegen seinen *natürlichen Willen* zu seinen Gunsten als subjektive Rechte und Abwägungsgesichtspunkte im Rahmen der

³¹⁰ Hillgruber, S. 175, Ergebnispunkt 1: „Wegen der Garantie der allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 I GG gibt es unter dem Grundgesetz keine a priori freiheitschutzunwürdigen menschlichen Betätigungen.“; vgl. auch Schwabe in JZ 1998, 66 (68ff.).

³¹¹ vgl. dazu bereits unter **I.3.b.bb).(1)..**

³¹² zu der in der Literatur umstrittenen Frage, ob eine „Grundrechtsmündigkeit“ anzuerkennen ist, vgl. etwa von Münch in von Münch/Kunig, Band I, 5. Auflage, Vorb. Rn. 12ff m.w.N., Jarass in Jarass/Pieroth, Art. 19 Rn. 13f.; das Bundesverfassungsgericht hat den Begriff nie benutzt, sondern sich im Gegenteil in BVerfGE 47, 46 (74) äußerst zurückhaltend geäußert: „Der Jugendliche ist mit zunehmendem Alter in *immer stärkerem Maße* (Hervorhebung vom Verfasser) eine eigene durch Art. 2 I in Verbindung mit Art. 1 I GG geschützte Persönlichkeit.“; auch der BGH hat festgestellt, dass eine besondere Grundrechtsmündigkeit in der Rechtsprechung bisher keine Anerkennung gefunden hat, BGH in NJW 1974, 1947 (1949f.); einen Eingriff in Grundrechte Minderjähriger nimmt auch Robbers in DVBl. 1987, 709 (714) unter Ablehnung einer „normativ wirkenden Grundrechtsmündigkeit“ an.

Verhältnismäßigkeit Berücksichtigung finden könnten.³¹³ Man käme so zu einem mit Blick auf die grundrechtliche Freiheitssicherung bedenklichen „Diktat der Willensfreiheit“, bei deren Fehlen prinzipiell ein staatliches Vorgehen – ohne Ansehung eines Interessenausgleichs – eröffnet wäre. Der Betrunkene beispielsweise, gegen den eine polizeiliche Maßnahme verhängt wird, könnte in Ermangelung bereits eines Eingriffs in sein Freiheitsrecht im konkreten Zeitpunkt die Maßnahme in der Folge nicht einmal gerichtlich (auf ihre Verhältnismäßigkeit hin) überprüfen lassen.

Das kann so weder beabsichtigt noch gemeint sein. Zwar mag – obwohl auch dies im Grundgesetz keine Stütze findet³¹⁴ – darüber nachzudenken sein, ob die Grundrechtsfähigkeit in Anbetracht *einiger spezieller* Freiheitsrechte (angesprochen werden Art. 4 I und II, 5 I, 6 I, 12, I 14 I GG³¹⁵) auch immer zugleich die Fähigkeit beinhaltet, sich auf das betreffende Grundrecht berufen zu können: Dies könnte etwa einem 7-jährigen Kind in Bezug auf die in Art. 6 I GG garantierte freie Eingehung der Ehe versagt werden.³¹⁶ Selbst wenn dem zu folgen wäre³¹⁷ – was hier zwar bezweifelt, hingegen nicht abschließend geklärt werden soll –, könnte das aber keinesfalls soweit führen, dass die grundrechtliche Freiheit an sich unter einem „Vorbehalt hinreichender Einsichtsfähigkeit“ stünde. Allenfalls wären die genannten spezielleren Grundrechte abwehrrechtlich ausgeschlossen, was jedoch den Rückgriff auf die Allgemeine Handlungsfreiheit nicht sperren würde. Mit dem diesbezüglichen, bereits dargelegten Verständnis kann nämlich ein jeder zunächst einmal „tun und lassen, was er will“ und nicht nur, was er voll- auf einsichtsfähig will. Jedenfalls die allgemeine Handlungsfreiheit steht als Auffangnorm und prinzipielles Abwehrrecht, zu tun und zu lassen, was man will, ausdrücklich jedermann zu – auch etwa dem Minderjährigen (oder

³¹³ ähnlich offenbar Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 102: „Selbsttötungen sind nicht selten durch psychische Störungen geprägt, die allerdings nicht zur Grundrechtsunmündigkeit führen.“

³¹⁴ Jarass in Jarass/Pieroth, Art. 19 Rn. 13; auch von Münch selbst in von Münch/Kunig, Bd. I, 5. Auflage, Vorb. Art. 1-19 Rn. 13.

³¹⁵ von Münch in von Münch/Kunig, Band I, 5. Auflage, Vorb. vor Art. 1-19 Rn. 13ff..

³¹⁶ so von Münch in von Münch/Kunig, Band I, 5. Auflage, Vorb. Art. 1-19 Rn. 13 und 15.

³¹⁷ ablehnend Jarass in Jarass/Pieroth, Art. 19 Rn. 13; Dreier in ders., Bd. I, Vorb. zu Art. 1 Rn. 114; Pieroth/Schlink, 24. Auflage, S. 32 Rn. 126; Hesse, Grundzüge des VerfR der BRD, Rn. 285; Hohm in NJW 1986, 3107 (3107ff.); offenbar auch Starck in von Mangoldt/Klein/Starck, Bd. I, 5. Auflage, Art. 1 Abs. 3 Rn. 210 – Grundrechtsunmündigkeit nur bei prozeduraler Geltendmachung der Grundrechte.

Geisteskranken), der in der konkreten Situation nur einen natürlichen Willen zu formen in der Lage ist.³¹⁸ Auch er genießt im Ausgangspunkt den in der Ägide des Grundgesetzes umfassend angelegten abwehrrechtlichen Freiheitsschutz. Wie weit ein solcher im Ergebnis reicht, ist keine Frage des Schutzbereichs oder des „Berufenkönnens“ auf den grundrechtlichen Schutz, sondern eine solche der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Einschränkungen.³¹⁹

Gerade wenn man sich vergleichsweise die mitunter gegen ein enges Verständnis von Grundrechtstatbeständen³²⁰ bzw. deren Verkürzung positionierten und für beifallswürdig³²¹ erachteten Grundsatzformulierungen vor Augen führt, müssen nämlich die Formulierungen zu einer teleologischen, „mündigkeitsorientierten“ Sichtweise des Selbstbestimmungsrechts im Falle fehlender Freiverantwortlichkeit allgemein nachdenklich stimmen. So wird es etwa als „unerwünscht“ bezeichnet, notwendige „Eingriffsbedürfnisse“ bereits in den Grundrechtstatbestand zu verlagern; die grundrechtsdogmatische Trennung von Grundrechtstatbestand, Grundrechtsschranken und Schranken-Schranken verhindere die Gefahr willkürlicher Einengung der Freiheit durch einengende ad-hoc-Definition des Grundrechts und wirke

³¹⁸ Jarass in Jarass/Pieroth, Art. 19 Rn. 13; vgl. auch Antoni in Seifert/Hömig, 8. Auflage, Art. 2 Rn. 4 m.w.N.; so sieht es letztlich auch von Münch in von Münch/Kunig, Band I, 5. Auflage, Vorb. vor Art. 1-19 Rn. 13 und 15, indem er – zwischen einzelnen Grundrechten differenzierend – klarstellt, dass bei Grundrechten, die „an die menschliche Existenz als solche anknüpfen“ (Art. 1 I, 2 I, 2 II 1 GG) keine Bindung an eine Altersgrenze besteht.

³¹⁹ diese Schlussfolgerung lässt sich überdies auch gut mit den Ausführungen in BVerfGE 47, 46 (74) vereinbaren, wenn man diese zwanglos und durchaus nachvollziehbar im Sinne eines auf Rechtfertigungsebene angestrebten Interessenausgleichs auffasst: „Der Jugendliche ist mit zunehmendem Alter in *immer stärkerem Maße* (Hervorhebung vom Verfasser) eine eigene durch Art. 2 I in Verbindung mit Art. 1 I GG geschützte Persönlichkeit.“; zur Lösung von „Schutzpflichtenkonstellationen“ auf der Rechtfertigungsebene tendieren auch die Formulierungen Möstls, etwa auf S. 98.

³²⁰ beispielsweise werden die oben unter II.2. behandelten „Rechte anderer“ im Rahmen eines engen Tatbestandsverständnisses der Grundrechte zum Teil bereits als „Grenze des tatbestandlichen Schutzbereichs“ aufgefasst, in diesem Sinne offenbar Pieroth/Schlink, 24. Auflage, S. 154 Rn. 616 und 157 Rn. 626; deutlicher von Münch/Kunig, GG, Bd. I, 5. Auflage, vor Art. 1-19 GG Rn. 45; aber auch die isoliert gebliebene Entscheidung BVerfG in NJW 1984, 1293 (1294): „Die Kunstfreiheit erstreckt sich von vorneherein nicht auf die eigenmächtige Inanspruchnahme oder Beeinträchtigung fremden Eigentums zum Zwecke der künstlerischen Entfaltung.“; mit aktuellem Überblick und gleichermaßen heftiger wie berechtigter Kritik Schwabe in Selbstbestimmung und Gemeinwohl (FS von Zezschwitz), S. 29 bis 45.

³²¹ Schwabe (!) in Selbstbestimmung und Gemeinwohl (FS von Zezschwitz), S. 36.

somit freiheitssichernd.³²² Sie mache zudem die Subsumtion einsichtiger und berechenbarer, führe aber auch zu einer Disziplinierung und Vervollständigung des verfassungsrechtlichen Argumentierens durch stufende, systematisierende Ordnung des Vorbringens bis hin zur verfassungsrechtlichen Erkenntnis.³²³

Das Bundesverfassungsgericht betont ebenfalls, dass eingriffsorientierte Gesichtspunkte bei der Definition des Schutzbereichs keinen Platz haben und sich grundrechtliche Schutzbereiche nicht nach Eingriffsnotwendigkeiten zuschneiden lassen.³²⁴ Die Möglichkeit von Grundrechtsmißbräuchen könne ein rechtfertigender Grund für Grundrechtsbeschränkungen, nicht aber für Schutzbereichsbegrenzungen sein.³²⁵

Auch eingedenk dieser zustimmungswürdigen Argumentation kommen in der Tat beträchtliche Zweifel auf, ob man die gefundenen Formulierungen in Bezug auf eine „Fähigkeit zu freiheitlicher Betätigung“ so stehen lassen kann – gerade wenn damit letztlich einem im Individualrechtsgüterschutz liegenden Eingriff in die Freiheit ein Stück weit der Weg geebnet werden soll. Ihrer sollte es auch gar nicht bedürfen, wenn man einen Schutz der grundrechtlich verfassten Rechtsgüter als Ausfluss der staatlichen Sicherheitsaufgabe bei der „reinen“ Selbstgefährdung nur im Falle fehlender Freiverantwortlichkeit überhaupt für denkbar hält und den Ausgleich in der Folge im Wege der Abwägung auf Rechtfertigungsebene sucht. Dies erscheint allemal transparenter, als eine Diskussion in bedenklicher Nähe zu den grundrechtlichen Gewährleistungsgehalten aufkommen zu lassen, und erweist sich somit auch dogmatisch als vorzugswürdig. Denn am Gebot der Verhältnismäßigkeit eines Ausgleichs zwischen Freiheit und Schutz kommt trotz aller nach hiesigem Verständnis zweifelhaften Überlegungen in Nähe zu den freiheitlichen Grundrechtstatbeständen auch etwa Hillgruber³²⁶ nicht vorbei, wenn er wie folgt formuliert: „Die Weite der Eingriffsbefugnis des Staates bemisst sich [...] am Verhältnismäßigkeitsgebot, das strikt zu wah-

³²² Starck in von Mangoldt/Klein/Stark, Bd. I, 5. Auflage, Art. 1 Abs. 3 Rn. 263 m.w.N..

³²³ Kloepfer in Starck, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Band II, S. 407.

³²⁴ deutlich BVerfGE 85, 386 (397).

³²⁵ BVerfGE 85, 386 (397).

³²⁶ Hillgruber, S. 121, in Anlehnung an BVerfGE 58, 208 (225) allerdings in Bezug auf die Freiheit der Person des Art. 2 II 2 GG; dies impliziert jedoch zugleich, dass auch dem nicht Einsichtsfähigen prinzipiell Freiheit im Allgemeinsinne zukommen muss.

ren ist. Dabei ist insbesondere im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit die den Rechtsgütern des Betroffenen durch ihn selbst drohende Gefahr gegen die Schwere des staatlichen Eingriffs in die Freiheit [der Person] abzuwägen.“

Es gilt also festzuhalten, dass die Formulierungen zu einer fehlenden Wahrnehmbarkeit grundrechtlicher Freiheiten nur im Sinne eines auf Rechtfertigungsebene in diesen Fällen überwiegenden Schutzinteresses aber jedenfalls nicht im Wege einer „teleologischen Betrachtung“ so verstanden werden dürfen, dass der nicht Einsichtsfähige im Einzelfall oder gar pauschal nicht zur Freiheitsausübung in der Lage wäre und ihm deshalb grundrechtlicher Freiheitsschutz nach Maßgabe seines natürlichen Willens nicht zusteht. Wohl in diesem Sinne weist letztlich auch das Bundesverfassungsgericht³²⁷ zutreffend darauf hin, dass schon mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch dem psychisch Kranken in gewissen Grenzen die „Freiheit zur Krankheit“ belassen bleiben müsse.

(2) Konsequenz: keine überzeugende alternative Grundlage für eine Schutzberechtigung

Nach wie vor stellt sich dabei jedoch auch die Frage, ob eine überzeugende Grundlage und Herleitung der Schutzberechtigung zu Gunsten des nicht freiverantwortlich Handelnden alternativ zur staatlichen Sicherheitsaufgabe gewonnen werden kann. Wie oben beschrieben, ist zu diesem Zweck teilweise eine allgemeine sozialstaatliche Fürsorgepflicht³²⁸ ins Feld geführt, teilweise ist offenbar – stillschweigend – die allgemeine gesetzgeberische Zwecksetzungsfreiheit zugrunde gelegt und im Schutz des nicht einsichtsfähig handelnden Selbstgefährders mit der genannten Argumentation und ohne Bezugnahme zu den grundrechtlichen Schutzpflichten ein legitimer gesetzgeberischer Zweck erblickt worden.³²⁹

³²⁷ BVerfGE 58, 208 (226).

³²⁸ Littwin, S. 244; vgl. auch Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 266.

³²⁹ vgl. Hillgruber, S. 72.

Es erscheint jedoch zunächst einmal verwirrend und auch inkonsequent, zwar die Schutzpflichtenlehre als Ausfluss (einer objektiven Werteordnung oder) des Freiheitsgedankens neben der Abwehrfunktion der Grundrechte in einer Person auszuschließen, andererseits aber eine Grundlage für eine letztlich *inhaltsgleiche* Schutzberechtigung zugunsten der Individualrechtsgüter des Einzelnen etwa aus dem Sozialstaatsprinzip oder auch im Wege der gesetzgeberischen Zwecksetzungsfreiheit unter Herleitung eines legitimen Zwecks nach Maßgabe der oben angeführten zweifelhaften Formulierungen gewinnen zu wollen.

So ist zum einen der immer wieder geltend gemachte Vorwurf nicht recht einzusehen, eine Nutzbarmachung grundrechtlicher Schutzpflichten führe zu einer wohlfahrtsstaatlichen Bevormundung des Einzelnen. Ein entsprechender Schutz nach Maßgabe der Schutzpflichten kann sich schließlich nach den obigen Ausführungen³³⁰ von vorneherein niemals soweit erstrecken, dass er auch gegen den sich einsichtsfähig Gefährdenden zu dessen eigenem Nutzen zum Tragen käme. Im Gegenteil ist damit nur ein Schutz des nicht freiverantwortlich bzw. einsichtsfähig handelnden „reinen“ Selbstgefährders denkbar. Will man nun etwa formulieren, letzterem werde durch ein Einschreiten keine Freiheit genommen, weshalb der Zweck, ihn zu schützen, legitim und in der Folge nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit zu erreichen sei – nur in diesem Sinne eines Ausgleichs auf Rechtfertigungsebene dürfen die teilweise irreführenden Ausführungen verstanden werden –, dann stellt sich von diesem Standpunkt aus ohnehin die Frage, wie man gegen eine Nutzbarmachung grundrechtlicher Schutzpflichten noch den Vorwurf der staatlichen Bevormundung erheben kann. Man setzt sich damit letztlich in Widerspruch zum eigenen Ansatz. Klarer und überzeugender gestaltet sich da ein eindeutiger Rückgriff auf die staatliche Aufgabe des Individualrechtsgüterschutzes als Schutzberechtigung im Falle des nicht zumutbaren Selbstschutzes (s.o.), die unabhängig von der Art der Gefahrenquelle besteht und ohne bedenkliche Formulierungen in Nähe zu den freiheitlichen Gewährleistungsgehalten zur Herleitung von Schutzberechtigung bzw. –zweck auskommt.

³³⁰ vgl. im **III. Abschnitt** unter Punkt **2.b)**..

Zum anderen bildet der Schutz der Individualrechtsgüter des hilfsbedürftigen Einzelnen nach den Ausführungen im **I. Abschnitt** aus sich selbst heraus einen hinreichenden „öffentlichen Zweck“. Bedenkt man nunmehr, dass bei den in dieser Untersuchung in Rede stehenden Fällen der „reinen“ Selbstgefährdung und dem im **II. Abschnitt** gefundenen Ergebnis per definitionem gerade eine denkbare – da möglicherweise verhältnismäßige – Rechtfertigung für ein Einschreiten allein mit dem Schutz des Selbstgefährdeters selbst noch möglich ist bzw. dieser Individualrechtsgüterschutz den Schutzzweck darstellt und sonstige „öffentliche Zwecke“ gerade nicht herangezogen werden können, so ist es nur konsequent, ihn ebenso auf das Fundament grundrechtlicher Schutzpflichten als Ausfluss der staatlichen Sicherheitsaufgabe zu stellen, wie dies im Rahmen der Fremdgefährdungsfälle geschieht. Solches erscheint als folgerichtiger Schritt, wenn man die staatliche Sicherheitsaufgabe und insbesondere die Schutzpflichten als Garanten der grundrechtlich fixierten Individualrechtsgüter auffasst.

Das Sozialstaatsprinzip, welches darüber hinaus ebenfalls als Zugang zu einem Schutz der grundrechtlich verfassten Individualrechtsgüter herangezogen wird, ist von vorneherein auf zusätzliche Konkretisierungen angewiesen und erweist sich deshalb im Ergebnis als zu unscharf.

Zunächst einmal soll nicht vergessen werden, dass gegen die Herleitung einer Schutzberechtigung zugunsten grundrechtlich geschützter Individualrechtsgüter aus dem Sozialstaatsprinzip – bei gleichzeitiger teleologischer Betrachtung des Freiheitsgedankens der Grundrechte – letztlich ganz ähnliche dogmatische Einwände sprechen, wie sie gegen eine Nutzbarmachung der Schutzpflichtenlehre ins Feld geführt werden. Geht man – angesichts der Ausführungen unter **III.2.** letztlich irrig – davon aus, den Schutzpflichtgedanken als Eingriffslegitimation heranzuziehen, führe zu einer Pervertierung der Grundrechte, da eine so verstandene Schutzpflicht des Staates sich generell als gegen die Freiheit gekehrte wohlfahrtsstaatliche Bevormundung darstelle, so kann dies bezüglich des Sozialstaatsgebots konsequenterweise allerdings kaum wesentlich anders gesehen werden. Auch oder gerade dieses Prinzip beinhaltet Garantien zugunsten des im Gesellschaftsgefüge bedrohten Einzelnen und adressiert bzw. verpflichtet nicht diesen, sondern den

Staat. Will man mit ihm (bedenkenlos) Verhaltensverbote rechtfertigen, so kommt man nicht umhin, (auch) es – in entsprechendem Jargon – zu einer Eingriffslegitimation gegen den Hilflösen und daher potentiell Begünstigten „auszudehnen“ und in der Folge seine „Schutzrichtung umzukehren“.³³¹ Die Vertreter dieses Lösungsansatzes sehen sich damit in letzter Konsequenz eben denselben kritischen Überlegungen ausgesetzt, wie sie sie ihrerseits gegen eine Nutzbarmachung grundrechtlicher Schutzpflichten als Ausdruck der staatlichen Sicherheitsaufgabe zur Gewinnung einer Schutzberechtigung vorbringen.

Das Vorgehen wird gerade auch deshalb zum unnötigen „Umweg“, da in das Sozialstaatsgebot ein Schutz von in den Grundrechten verankerten Individualrechtsgütern des sich nicht freiverantwortlich selbst Gefährdenden hineingelesen werden soll. Darin zeigt sich letztlich, dass dieser Ansatz aus sich selbst heraus nicht fähig ist, geeignete Konturen für Inhalt und Grenzen des Individualschutzes bei der „reinen“ Selbstgefährdung zu entwickeln und insoweit letztlich doch auf die Grundrechte verweisen muss. Bedenkt man, dass die Staatszielbestimmung von vorneherein in besonderem Maße der Konkretisierung bedürftig ist und ihre Anwendung stark durch andere Verfassungsnormen beeinflusst wird³³², erscheint es auch vor diesem Hintergrund überzeugender, eine in Fällen nicht freiverantwortlichen Handelns unbestritten notwendige Schutzberechtigung direkt aus den Grundrechten als Teil der staatlichen Sicherheitsaufgabe zu gewinnen.

e) Herstellung eines Bezugs zur polizeirechtlichen Generalklausel

Die Frage nach der Schutzberechtigung zugunsten des „reinen“ Selbstgefährders stellt sich auf gesetzgeberischer Ebene zunächst vor allem im Rahmen der freiheitsbegrenzenden Schrankengesetzgebung zu den Grundrechten bzw. im Punkt eines legitimen Normzwecks.³³³ Existieren derlei

³³¹ Gampp/Hebeler, BayVBl. 2004, S. 264 unter dem Gesichtspunkt finanzieller Folgelasten.

³³² Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 258.

³³³ zu Legitimität von Zweck und dem innewohnenden Wert eines Gesetzes vgl. bereits Radbruch in SJZ 1946, S. 107, zur Bewältigung von unter nationalsozialistischer Unrechtsherrschaft und entsprechenden Unrechtsgesetzen entschiedenen Rechtsfällen.

spezielle Gesetze – etwa die Gurt- oder Helmpflicht im Straßenverkehr³³⁴, so obliegt der Polizei der Schutz der Rechtsordnung. Selbstgefährdungssituationen stellen sich jedoch auch im in dieser Hinsicht unregulierten Bereich und erhalten hier für das Polizeirecht gleichermaßen wie bei der Gesetzgebung ihre Bedeutung. So wird die Rechtsordnung trotz zunehmender Verrechtlichung (s.o.) keineswegs alle möglichen Fälle einer unzulässigen Selbstgefährdung explizit bzw. speziell erfassen können und erhebt auch gar nicht Anspruch darauf. Selbstgefährdung gewinnt deshalb vor allem beim Individualrechtsgüterschutz innerhalb der polizeirechtlichen Generalklausel eine eigentümliche Brisanz. Diese – die Generalklausel – bedarf hingegen von vornherein einer klaren Konturierung, um gerade auch die Grenzen der zunächst einmal weitläufigen Schutzberechtigung zugunsten der Individualrechtsgüter des Einzelnen überzeugend deutlich werden zu lassen. Zwar ist der Umfang der Öffentlichen Sicherheit als ihr Bestandteil mitunter sogar gesetzlich fixiert³³⁵ und stellt den Polizeibehörden den Schutz menschlicher Individualrechtsgüter *de lege lata* anheim. Hieraus allein wird jedoch nicht der Gesetzeszweck zum Schutz ausschließlich des nicht hinreichend Einsichtsfähigen in Fällen einer „reinen“ Selbstgefährdung bzw. die nur in dieser Form bestehende, grundsätzliche Schutzberechtigung erkennbar. Dies ergibt zunächst einmal ein erhebliches Spannungsfeld. Einerseits ist eine notwendig offen gehaltene polizeiliche Schutzbefugnis angesichts der Sachlage erforderlich, dass der Gesetzgeber alle denkbaren Gefahrensituationen nicht speziell regeln können aber dennoch ein Mindestmaß an Sicherheit gewährleisten muss. Andererseits bedarf die in dieser Situation maßgeblich heranzuziehende polizeirechtliche Generalklausel von vornherein einer zufriedenstellenden Konkretisierung. Letztere kann jedenfalls nur unbefriedigend dadurch gewonnen werden, dass in den unbestimmten Wortlaut der Gesetzeszweck zum Schutz ausschließlich nicht hinreichend Einsichtsfähiger „hineingelesen“ bzw. letzterer hierauf begrenzt wird, sofern ein Fall der „reinen“ Selbstgefährdung vorliegt. Eine überzeu-

³³⁴ dazu BVerfGE 59, 275 (275ff.) – freilich wird hier auch mit Erwägungen zu einer Fremdgefährdung der Individualrechtsgüter anderer Personen argumentiert.

³³⁵ so etwa § 2 Nr. 2 PolG Bremen, § 3 Nr. 1 SOG Sachsen-Anhalt; es ist jedoch anerkannt, dass die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit bundesweit einheitlich zu interpretieren sind, so Pieroth/Schlink/Kniesel, *POR*, 5. Auflage, S. 114 Rn. 2; vgl. hierzu auch bereits **I.2.**.

gende Abgrenzung kann auch und konsequenterweise gerade hier vielmehr nur über die Bestimmung des polizeilichen Schutzgutes anhand verfassungsrechtlicher Beurteilung der betroffenen Rechtsgüter erfolgen.³³⁶ Lädt man nämlich den Individualrechtsgüterschutz der Generalklausel mit den wie beschrieben zu verstehenden grundrechtlichen Schutzpflichten als Ausdruck der staatlichen Sicherheitsaufgabe auf, so ist die Voraussetzung der „Hilfsbedürftigkeit“ im bereits beschriebenen Sinne von vorneherein immanente Grenze des Schutzverständnisses. Der Schutz des Einzelnen vor „reinen“ Selbstgefährdungen durch die Polizei gewinnt dadurch sowohl eine klare Struktur als auch unmißverständliche Grenzen, die einer Ausstrahlung der staatlichen Sicherheitsaufgabe und insbesondere der grundrechtlichen Schutzpflichten auf die Generalklausel geschuldet sind. Diese kann dann in Anknüpfung an die Ausführungen unter **I.3.b).bb).(3) und (4)** auch zu Recht als der bündigste Ausdruck – gleichsam als die Quintessenz – der verfassungsrechtlichen Sicherheitsgarantie und ihres verfassungsrechtlichen Verhältnisses zu den Freiheitsrechten des Einzelnen angesehen werden³³⁷, die letztlich zu schaffen wäre, wenn es sie nicht schon gäbe. Solches muss gelten, gerade weil sie die Exekutive in der denkbar allgemeinsten Weise zur Ergreifung der für die Einlösung der verfassungsrechtlichen Garantie öffentlicher Sicherheit und Ordnung erforderlichen Maßnahmen ermächtigt und sie dabei zudem – mit der Gefahr – an eine Eingriffsschwelle bindet, die als Ausdruck der verfassungsrechtlichen Normalvorstellung eines verhältnismäßigen Ausgleichs zwischen Sicherheit und Freiheit gelten kann.³³⁸

Da der Schutz des hilfsbedürftigen Einzelnen vor „reiner“ Selbstgefährdung ein Schutz seiner Individualrechtsgüter ist und selbst im „öffentlichen Interesse“ liegt, gibt es zu diesem Verständnis auch aus polizeirechtlicher Sicht schlicht keine überzeugende bzw. praktikable Alternative.

Es könnte zur Bewältigung der „reinen“ Selbstgefährdung neben dem Individualrechtsgüterschutz allenfalls noch auf das Merkmal der „Öffentlichen Ordnung“ zurückgegriffen werden, dessen Verfassungsmäßigkeit seit lan-

³³⁶ so im Ergebnis auch Denninger in Lisken/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 311 Rn. 30, ohne die Selbstgefährdung dabei gesondert ein- oder auszuschließen.

³³⁷ mit dieser Formulierung Möstl, S. 427f..

³³⁸ Möstl, S. 427.

gem in Zweifel gezogen wird.³³⁹ Die Verlagerung der umfangreichen Abgrenzungsproblematik in den subsidiären Auffangtatbestand würde jedoch kaum zur Klärung seiner weithin unbestimmten Grenzen beitragen. Zudem wäre dann nicht mehr der Schutz des Einzelnen obligatorisch als Ausdruck eines „öffentlichen Interesses“, sondern ein nicht näher bestimmtes Allgemeinwohl selbst in Form des „gedeihlichen Zusammenlebens“ Rechtfertigungsgrund³⁴⁰ – ein zweifelhafter Ansatz, wenn man die vielen allgegenwärtigen und sozial anerkannten Formen der Selbstgefährdung und auch den Ausgangspunkt einer Schutzrichtung zugunsten des Einzelnen bedenkt. Hierauf verweisen zu wollen, entspräche einem Rückschritt³⁴¹ und würde das im **I. Abschnitt** grundlegend gefundene Ergebnis konterkarieren.

f) Resümee

Unabhängig davon, auf welcher Grundlage man eine Schutzberechtigung des Staates herleiten will, besteht sie im Ergebnis jedenfalls nach bisheriger Einschätzung nur grundsätzlich zu Gunsten der Individualrechtsgüter des sich nicht freiverantwortlich bzw. einsichtsfähig selbst gefährdenden Einzelnen. Es fragt sich nunmehr, ob es davon Ausnahmen zu machen gilt.

3. „Selbstmordfälle“ – eine Besonderheit im Rahmen der Selbstgefährdung aufgrund der Möglichkeit eines Einschreitens auch gegen freiverantwortlich Handelnde?

a) Argumentative Behandlung der Selbsttötung im Überblick

Kontrovers diskutiert werden seit jeher die sogenannten Selbsttötungsfälle. Zum Teil wird davon ausgegangen, die Selbsttötung unterfalle ohne weiteres dem Schutzbereich des Art. 2 I GG, wenn man nur konsequent auf das eigentlich Gemeinte zurückgreife, wonach jeder tun und lassen könne, was

³³⁹ zu Definition und Verfassungsmäßigkeit vgl. Alpmann/Brockhaus, Fachlexikon Recht, S. 954f.; die Verfassungsmäßigkeit ablehnend Denninger in JZ 1970, S. 145; Thiele in ZRP 1979, S. 9; Brandt/Smeddinck in Jura 1994, S. 226; bejahend die h.M. etwa Frauke Hansen-Dix, Die Gefahr im Polizeirecht, im Ordnungsrecht und im Technischen Sicherheitsrecht, S. 22f. m.w.N..

³⁴⁰ zur Möglichkeit der Beschränkung einer Selbstgefährdung durch die Polizei zugunsten des Allgemeinwohls, siehe oben bereits unter **II.3.**

³⁴¹ mit der Lösung eines „Selbstmordfalles“ im Rahmen des Prüfungspunktes der „Öffentlichen Ordnung“ noch Model/Müller, Art. 2 Rn. 22; vgl. auch unter **I.3.b).aa).**

er will.³⁴² Zur Begründung wird weiter darauf verwiesen, die freie Entfaltung der Persönlichkeit schließe bereits begriffsnotwendig die Selbsttötung als existentiellste aller Entscheidungen mit ein.³⁴³ Auch bedeute die Vernichtung menschlichen Lebens nicht automatisch auch die Beseitigung der dem Menschen innewohnenden unantastbaren Würde.³⁴⁴ Wenn zudem niemand auf sein Leben verzichten dürfe, weil es als Rechtsgut indisponibel sei, so hätte Sokrates ins Exil gehen, Hus seinen Überzeugungen abschwören und Galilei sein Wissen verleugnen müssen.³⁴⁵ Nach dieser Auffassung kann der Selbstmordwillige bei konsequenter Beibehaltung freier Willens- und Einsichtsfähigkeit als allein maßgebliches Kriterium dann nicht an der Selbsttötung gehindert werden, wenn die Willensbildung eben freiverantwortlich vonstatten gegangen ist.³⁴⁶ Wie dies zu beurteilen ist, wird allerdings auch wiederum unterschiedlich gesehen.

Nach Denninger³⁴⁷ rechtfertigt allein der Wert des gefährdeten Rechtsguts das Schutzhandeln, solange nicht sicher ist, dass die Selbstgefährdung auf einem freien Willensentschluss beruht. Es gebe kein ausdrückliches „Recht zum Selbstmord“ aber angesichts der Autonomie der Menschen auch keine Pflicht zum Leben. Die Polizei löse das Problem richtig, wenn sie den Suizidenten als eine Person handle, die sich erkennbar in einem „die freie Willensbildung ausschließenden Zustand“ befinde. Pieroth/Schlink/Kniesel³⁴⁸ führen in diesem Zusammenhang zudem aus, dass es der verhinderte Suizident zumeist selbst richtig finde, wenn die Polizei sein Handeln nicht als Betätigung seines freien Willens gesehen und respektiert

³⁴² Schwabe in JZ 1998, S. 69; im Ergebnis auch Gamp/Hebeler in BayVBl. 2004, S. 260; Model/Müller, Art. 2 I Rn. 22.

³⁴³ Gamp/Hebeler in BayVBl. 2004, S. 260.

³⁴⁴ Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, S. 231; ebenso Di Fabio in Maunz/Dürig, Bd. I, Art. 2 II Rn. 15: „Die Würde des Menschen verlangt insofern keinen absoluten Lebensschutz.“

³⁴⁵ Lisk/Denninger in Lisk/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 90 Rn. 55.

³⁴⁶ ausdrücklich Denninger in Lisk/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 312 Rn. 32; im Ergebnis ebenso Scholler/Schloer, Grundzüge des POR der BRepD, 4. Auflage, S. 64, die in diesen Fällen allerdings ein „öffentliches Interesse“ für gegeben halten.

³⁴⁷ Denninger in Lisk/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 312 Rn. 32; ebenso offenbar Götz, Allg. POR, 14. Auflage, S. 25 Rn. 32; Mühl/Leggereit/Hausmann, POR Hessen, S. 55 Rn. 69; Kramer, Hessisches POR, S. 46 Rn. 106; ähnlich Schenke in POR, 5. Auflage, S. 28 Rn. 57; Meixner/Fredrich, HSO, 10. Auflage, § 32 Rn. 8; Schoch in Schmidt-Aßmann/Schoch, BesVerwR, 14. Auflage, S. 183 Rn. 74.

³⁴⁸ Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 5. Auflage, S. 133 Rn. 32.

hat: „Wer nicht nur aus situativer Verzweiflung handelt, sondern ernsthaft gewillt ist, Selbstmord zu begehen, findet Mittel und Wege, dies so zu tun, dass die Polizei zum Einschreiten keine Gelegenheit erhält.“ Aus polizeirechtlicher Sicht müsse also im konkreten Einzelfall ein – insoweit auch stets zulässiger – Gefahrenforschungseingriff erfolgen.³⁴⁹

Gampp/Hebeler³⁵⁰ halten dagegen: „Man kann dem Suizidwilligen nicht von vorneherein die Fähigkeit absprechen, freiverantwortlich zu handeln. Jeder Mensch hat ein Recht darauf, dass die Verhinderung einer Selbsttötung nicht ohne eine differenzierte Prüfung aller dafür und dagegen sprechenden Belange des Einzelfalls erfolgt. Nur ein solches Ergebnis wird auch einem Freiheitsverständnis gerecht, wonach nicht der Gebrauch der Freiheit dem Staat gegenüber gerechtfertigt werden muss, sondern umgekehrt jegliche Einschränkung durch den Staat gerechtfertigt werden muss.“

Dieser in Einzelbelangen variierenden Meinung wird insgesamt ein umfassendes bzw. situationsungebundenes Recht zu staatlichem Eingreifen mit unterschiedlichen Begründungen entgegengehalten. Während man früher verbreitet annahm, das Einschreiten diene nicht dem Schutz des Selbstmordkandidaten, sondern „nur“ der „öffentlichen Ordnung“, findet sich heute eine Argumentation mit dem polizeirechtlichen Auffangtatbestand allenfalls noch dann, wenn der Selbstmord „in foro publico“ stattfinden soll.³⁵¹ Mitunter wird stattdessen die Aufgabe des Staates zum Erhalt des Lebens für generell vorrangig gehalten.³⁵² Wohl in diesem Sinne, jedoch nicht ganz eindeutig führt das VG Aachen³⁵³ aus, eine Gefährdungssituation, in der erhebliche Gefahren für Leib und Leben drohen, sei von der Rechtsordnung regelmäßig auch dann nicht hinzunehmen, wenn das potenzielle Opfer bereit sei, sich der angenommenen Gefahr auszusetzen, denn es stehe nicht zu seiner Disposition, ob der Staat in einem solchen Fall seinem Schutzauftrag aus Art. 2 II GG nachkomme. Verbreitet wird das Rechtsgut „Leben“ aber auch

³⁴⁹ Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 5. Auflage, S. 132f. Rn. 31.

³⁵⁰ Gampp/Hebeler in BayVBl. 2004, S. 260; ähnlich Pausch, POR in Hessen, 4. Auflage, S. 218f..

³⁵¹ vgl. dazu Model/Müller, Art. 2 Rn. 22, die Auffassung ist in engem Zusammenhang mit der bereits oben unter **I.3.b)bb)** geschilderten „Ausstrahlung in die Öffentlichkeit“ zu sehen; vgl. auch BayObLG in NJW 1989, 1815 (1816).

³⁵² Knemeyer, POR, 11. Auflage, S. 95 Rn. 137; ähnlich aber im Ergebnis unklar Schenke in POR, 5. Auflage, S. 28 Rn. 57.

³⁵³ VG Aachen vom 01.12.2004, Az. 6 L 1077/04.

von vorneherein für indisponibel³⁵⁴ bzw. für dem unabdingbaren Kernbereich der Menschenwürde als deren Voraussetzung zugehörig³⁵⁵ gehalten, so dass der Einzelne unabhängig von seinem Geisteszustand bzw. seiner Freiverantwortlichkeit selbst dann nicht zum Selbstmord „berechtigt“ sei und gehindert werden könne, wenn er sonst niemanden außer sich selbst gefährde.

Hiermit im Einklang steht jene Auffassung, die von einer Sperrwirkung des lediglich abwehrrechtlich auf den Bestand der Schutzgüter ausgerichteten Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit ausgeht. Danach sei zunächst die Selbstschädigung der genannten Güter tatbestandlich nicht erfasst. Darüber hinaus wird jedoch die Selbsttötung auch insgesamt nicht als grundrechtlich verbürgt anerkannt, weil zugleich ein Rückgriff auf die Allgemeine Handlungsfreiheit als grundrechtliche Schutznorm verwehrt sein soll.³⁵⁶ Warum die Auffangfunktion der Allgemeinen Handlungsfreiheit nicht greift, lässt sich hingegen nicht schlüssig begründen. So wird nach dieser Auffassung nicht deutlich, welche Art selbstgefährdenden Verhaltens insgesamt von der Sperrwirkung des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit erfasst werden soll.³⁵⁷ Da hierunter jedenfalls nicht alle denkbaren Verhaltensweisen in diesem Zusammenhang fallen können, müssten Kriterien benannt werden, welche eine der späteren Abwägung vorgelagerte Differenzierung ermöglichen – dies geschieht nicht.³⁵⁸

Festzuhalten bleibt abschließend aber auch, dass der BGH bereits früh einen Selbstmordversuch als „Unglückfall“ im Sinne des § 323c StGB qualifiziert

³⁵⁴ etwa Hillgruber, S. 176f.; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, § 12 S. 197 und § 14 S. 230; BVerwGE vom 27.04.89, Az. 3 C 4/86 = BVerwGE 82, 45 (49f.); Hornmann, HSOG, § 11 Rn. 15; Dickert, Naturwissenschaften und Forschungsfreiheit, S. 449; Fink, Selbstbestimmung und Selbsttötung, Köln 1992; unklar Gusy, 6. Auflage, S. 42f. Rn. 89; anders Auer in Staatslexikon, Bd. V, Sp. 285: „Das Leben ist kein absolutes, sondern ein wichtigeren, höheren Gütern zugeordnetes Gut.“.

³⁵⁵ offenbar Dickert, Naturwissenschaften und Forschungsfreiheit, S. 449; Littwin, Grundrechtsschutz gegen sich selbst, S. 207, kritisiert die Äußerungen des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 39, 1 (41), die seiner Auffassung nach nahe legen, das Leben dem unveräußerlichen Kernbereich der Menschenwürde zuzuordnen.

³⁵⁶ Lorenz in Isensee/Kirchhof, Hdb. des Staatsrechts, Band VI, § 128 Rn. 62; offenbar auch Stern, Staatsrecht, Band III, 1. Halbband, § 70 S. 1055.

³⁵⁷ Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 88.

³⁵⁸ vgl. Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 89.

hat.³⁵⁹ Die nach dem oben Gesagten zumindest nicht zweifelsfreie Verfassungsmäßigkeit dieser Auslegung vorausgesetzt, wäre dann der in der Entscheidungsverantwortung stehende Amtswalter aus polizeirechtlicher Sicht ohnehin zum Schutz der Rechtsordnung berufen, ohne sich näher mit der Problematik der Selbstgefährdung auseinandersetzen zu müssen.

b) Systematische Sonderstellung der Selbsttötung im Rahmen der Behandlung selbstgefährdender Verhaltensweisen? – Disponibilität des Individualrechtsguts „Leben“

Auch hier lassen sich die auf den ersten Blick umfassend anmutenden Meinungsunterschiede und –ansätze jedoch in letzter Konsequenz wieder hauptsächlich in zwei Lager aufspalten:

Es finden sich zum einen jene, die als Ausfluss der „neueren Auffassung“³⁶⁰ den Staat als umfassend für die Sicherheitsgewährleistung verantwortlich ansehen und insoweit konsequent den Abgrenzungsschwerpunkt in der freien Willensbildung verankern; zum anderen gibt es solche, die in der Bedrohung „gewichtiger“ Individualrechtsgüter wie des Lebens ein „öffentliches Interesse“ erblicken und daher inhaltlich der „traditionellen Auffassung“³⁶¹ zuzuordnen wären. Besonders deutlich wird dies, wenn auch bei der Behandlung des Selbstmords unter ausschließlich verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten mit Formulierungen operiert wird, welche an das Kriterium einer „Ausstrahlung in die Öffentlichkeit“ erinnern.³⁶² Die sich an den Selbsttötungsfällen entzündende Diskussion ist letztlich ebenfalls auf den eingangs erörterten³⁶³ und deshalb auch als grundlegend bezeichneten Meinungsstand rückführbar.

Keiner der beiden beschriebenen Sichtweisen ohne weiteres zuzuordnen ist lediglich jene Darstellung, die das Rechtsgut „Leben“ für indisponibel und deshalb ein Eingreifen des Staates für zulässig hält. Obwohl die in diesem Kontext gemachten Ausführungen vielfach an Formulierungen zur „Hoch-

³⁵⁹ BGHSt 6, 147; 13, 169.

³⁶⁰ vgl. I.3.bb).

³⁶¹ vgl. I.3.aa).

³⁶² vgl. dazu Model/Müller, Art. 2 Rn. 22.

³⁶³ vgl. I.3..

wertigkeit“ bestimmter Individualrechtsgüter erinnern lassen³⁶⁴, ist doch der dogmatische Ausgangspunkt ein anderer: Nicht das „Rangverhältnis“ der betroffenen Rechte und Rechtsgüter ist entscheidend, sondern bereits deren Anwendbarkeit – in concreto die Anwendbarkeit des Selbstbestimmungsrechts bei der Gefährdung des Lebens. Ein systematischer bzw. argumentativer Zusammenhang könnte deshalb allenfalls zu den bereits unter dem Begriff einer teleologischen Betrachtung grundrechtlich gesicherter Freiheitsausübung angestellten Überlegungen herzustellen sein.

Es soll sich daher nun der Frage gewidmet werden, ob dem zu folgen und den sogenannten „Selbstmordfällen“ eine Sonderstellung bei der Behandlung selbstgefährdender Verhaltensweisen einzuräumen ist. Wäre dies der Fall, würde das möglicherweise auch ein systematisch neues Licht auf die bislang als bedenklich eingestuften Formulierungen zu einer „teleologischen Sichtweise“ des Selbstbestimmungsrechts³⁶⁵ werfen: Will man letzteres aufgrund einer Indisponibilität des Individualrechtsguts „Leben“ in derlei konkreten Fällen für unanwendbar halten, so wäre danach zu fragen, ob diese Überlegungen möglicherweise trotz der bislang vorgebrachten Bedenken systematisch sinnvoll auf eine „Reduktion“ der Selbstbestimmung auch in anderen (einzelnen) Situationen ausgedehnt werden können. Jeweils würden Umfang und Reichweite des Selbstbestimmungsrechts als Ansatzpunkt zur dogmatischen Bewältigung von Einzelfällen einer „reinen“ Selbstgefährdung fungieren.

Es bestehen Bedenken gegen die Auffassung, das Rechtsgut „Leben“ sei schlichtweg indisponibel. Zunächst einmal erscheint es bei unbefangener Betrachtung inkonsequent, die freiwillige Selbstgefährdung als nicht beschränkbar anzusehen, den Selbstmord als existentiellste Form der Selbstgefährdung³⁶⁶ hingegen hiervon ausnehmen zu wollen.³⁶⁷ Vor allem aber lassen die Fälle an einer generellen Unverzichtbarkeit des Rechtsguts „Leben“

³⁶⁴ nicht eindeutig etwa die bereits angeführte Formulierung des VG Aachen vom 01.12.2004, Az. 6 L 1077/04: „Eine Gefährdungssituation, in der *erhebliche Gefahren für Leib und Leben* drohen, ist von der Rechtsordnung regelmäßig auch dann nicht hinzunehmen, wenn das potenzielle Opfer bereit ist, sich der angenommenen Gefahr auszusetzen, denn es *stehe nicht zu seiner Disposition*, ob der Staat in einem solchen Fall seinem *Schutzauftrag aus Art. 2 II GG* nachkomme.“.

³⁶⁵ dazu oben unter dem Oberbegriff des „Grundrechtsverzichts“, vgl. **III.2.d).**.

³⁶⁶ ähnlich Hamann/Lenz, GG, Art. 2 Anm. B 8.

³⁶⁷ so aber beispielsweise Hillgruber, S. 176.

zweifeln, in denen eine Person eine andere aus einer (gemeinen) Lebensgefahr errettet und sich dabei selbst in Lebensgefahr begibt oder gar sein Leben für das der anderen Person opfert. Sigmund Freud referierte, die rationale Begründung des Heldentums ruhe freilich auf dem Urteil, dass das eigene Leben nicht so wertvoll sein könne wie gewisse allgemeine und abstrakte Güter.³⁶⁸ Epik wie Lyrik sind nicht erst seit Friedrich Schillers „Die Bürgschaft“ voll von derartigen „Heldengeschichten“ der Selbstlosigkeit. Ihren Ursprung findet die einem solchen Verhalten entgegengebrachte Wertschätzung weitaus früher. „Dies ist mein Gebot: Ihr sollt einander lieben, so wie ich Euch geliebt habe. Niemand liebt mehr als der, der sein Leben gibt für seine Freunde“, so steht es in der Bibel.³⁶⁹ Es bedarf hier nicht erst eines Rückgriffs auf die „Kernaussage des christlichen Glaubens“³⁷⁰, um zu erkennen, dass das („irdische“) Leben von diesem zunächst unjuristischen Standpunkt aus kein stets und in jeder Situation auch gegen den Willen des Betroffenen zu erhaltendes Gut ist. Begreift man die Bibel nun aber völlig losgelöst und unabhängig von ihren religiösen Inhalten als moralisches Fundament des abendländischen Wertesystems – denn eben dies ist sie zweifellos auch³⁷¹, dann gewinnt die genannte Passage in Form einer rein ethischen Aussage auch Bedeutung bei der grundlegenden Rechtsfrage nach einem Lebensschutz gegen den Willen des Lebenden: Der sich für einen anderen Opfern verdient (Gegen-)Liebe, nicht aber eine sein Tun verhindernde polizeiliche Verbotsverfügung. Auch wenn diese Argumentation zunächst verwundern mag, so ist es dennoch nicht von der Hand zu weisen, dass auch die Väter des Grundgesetzes sich (zumindest) von den ethischen Aussagen der Bibel haben leiten lassen. Schließlich konstatiert die Präambel der Verfassung gleich zu Beginn eine „Verantwortung des Deutschen Volkes gegenüber Gott und den Menschen“. Festzuhalten bleibt daher, dass Bedenken

³⁶⁸ Sigmund Freud im Vortrag „Wir und der Tod“, abgedruckt in: „Die Zeit“, Nr. 30 vom 20.07.1990, 42 (43), zitiert von Littwin, S. 213.

³⁶⁹ Die Bibel, Evangelium des Johannes, Kapitel 15, Verse 12 und 13; vgl. auch 1. Buch Samuel, Kapitel 18, Vers 1; Brief an die Römer, Kapitel 12, Vers 10; Evangelium des Lukas, Kapitel 14, Vers 26.

³⁷⁰ Opfertheorie, vgl. etwa Die Bibel, Evangelium des Johannes, Kapitel 10, Verse 11ff..

³⁷¹ zum maßgeblichen Einfluss der christlichen Tradition mit in Bezug auf andere Glaubensrichtungen teils kritischem Unterton vgl. Britz in JZ 2000, 1127 (1133).

gegen eine absolute Indisponibilität des Rechtsguts „Leben“ auch oder sogar in ethisch-philosophischer Hinsicht bestehen.³⁷²

Umgekehrt wird man in diesem Zusammenhang natürlich keineswegs so weit gehen können, vor dem Hintergrund christlicher Moralthologie ein „Recht zum Selbstmord“ begründen zu wollen³⁷³; führt man sich die unterschiedliche ethische Beurteilung des Rechtsguts im Einzelfall vor Augen, so ist damit letztlich nur erwiesen, dass das Leben an sich gerade eine moralische Pflicht bleiben und im Unterschied hierzu nicht zu einer absoluten, d.h. situationsungebundenen Rechtspflicht erhoben werden sollte.

Folgt man dem³⁷⁴ und hält das Leben bzw. dessen Schutz im juristischen Sinne „dem Staat gegenüber“ für „verzichtbar“, so ergeben sich allerdings weitreichende Konsequenzen. Zwar mag jedenfalls ein Einschreiten gegenüber „dem selbstlosen Lebensretter“ im Lichte der obigen Betrachtung abzulehnen sein. Aufgeworfen ist jedoch auch die Frage nach der Zulässigkeit einer „aktiven Sterbehilfe“ und in der Folge danach, wie die vorgenannten Überlegungen im Rahmen des § 216 StGB zu einem verfassungsmäßigen Ausgleich zu bringen sind.

Hierzu ist festzuhalten, dass sich der den Sterbewillen gegenüber einem anderen Äußernde genauso wie der Suizident gleichsam regelmäßig in einer die freie Willensbildung ausschließenden Situation befindet. Zum Teil ist dies auf eine gänzliche Überforderung der menschlichen Entscheidungsfreiheit in einer derartigen Situation zurückgeführt worden.³⁷⁵ Vielfach sei – empirisch gesehen – auch gar nicht wahrhaft der Tod, sondern eher die

³⁷² vgl. hierzu auch „Et kütt, wie et kütt“ – Ortstermin beim Kölner Universitätsprofessor Otto Depenheuer, abgedruckt in Der Spiegel 46/2007 vom 12.11.2007, S. 119: „[Depenheuer] ärgert am meisten, dass es zur Menschenwürde gehören soll, um jeden Preis überleben zu müssen. [...] Ist denn das reine Leben das Allerhöchste? Geht es nicht darum, dass man für etwas lebt, also auch bereit ist für etwas zu sterben, für die Demokratie, für den westlichen, den individuellen Lebensstil? Da ist [Depenheuer] bei einem der großen Widersprüche der westlichen Gesellschaft: Um den Individualismus zu verteidigen, braucht es Leute, die sich nicht nur als Individuum sehen und im Ernstfall zu einem Opfer für andere bereit sind.“

³⁷³ vgl. dazu Auer in Staatslexikon, Band V, Spalte 286: „Nach einhelliger Auffassung der Moralthologen ist auch die schwerste Mangelsituation im Umkreis des eigenen persönlichen Lebens kein sittlich gerechtfertigter Grund für die eigenmächtige Beendigung des Lebens, auch wenn der Glaube keine konkreten normativen Verfügungen vermittelt. Der Christ bleibt seiner Freiheit voll verpflichtet.“

³⁷⁴ im Ergebnis ebenso u.a. Littwin, S. 209ff.; Gampp/Hebeler in BayVBl. 2004, S. 264.

³⁷⁵ vgl. Auer in Staatslexikon, Bd. V, Sp. 286.

Aufmerksamkeit des persönlichen Umfelds für die subjektiv hoffnungslose Situation gewollt bzw. erhofft³⁷⁶ – ein Umstand, dessen sich auch der dem Willen nachgebende, potentielle Täter eines § 216 StGB bewusst sein muss. Man wird strafrechtlich in diesen Fällen ein „Verlangen“, keineswegs aber eine rechtswirksame Einwilligung annehmen dürfen, die die Rechtswidrigkeit ausschließen würde. Dies rechtfertigt sich aus verfassungsrechtlicher Sicht mit einer „überwiegenden“ Pflicht zum Lebensschutz.

Es bleiben die Fälle, in denen eine wirksame Einwilligung ohne jeden Zweifel besteht – nach den obigen Ausführungen also kaum andere als solche, in denen der Sterbewillige bereits im Vorfeld bei klarem Willen seine Entscheidung gefunden und an nachvollziehbare Bedingungen geknüpft hat, weil er dazu gegebenenfalls später nicht mehr in der Lage wäre. Gemeint sind damit vor allem einwandfreie Patientenverfügungen.³⁷⁷ Will man hier aus den genannten Gründen das Rechtsgut „Leben“ für verzichtbar halten und gegenüber der Selbstbestimmung zurücktreten lassen³⁷⁸, so wäre in letzter Konsequenz auch die Strafbarkeit dessen zu verneinen, der die erwiesenermaßen und unzweifelhaft gewollte „erlösende Spritze“ verabreicht – eine Lösung, die sich mit der überwiegenden Auffassung der deutschen Bevölkerung deckt.³⁷⁹

c) Fazit für das Polizeirecht

Es wurde versucht kurz darzulegen, dass das Individualrechtsgut „Leben“ verfassungsrechtlich nicht für schlechthin unverzichtbar zu halten und diese Sichtweise im Ergebnis auch von der einfachgesetzlichen Rechtsordnung zu tragen und tragbar ist. Es besteht deshalb kein Anlass, der Behandlung der sogenannten Selbsttötung eine Sonderstellung im Rahmen der Selbstgefähr-

³⁷⁶ vgl. dazu Auer in Staatslexikon, Bd. V, Sp. 286.

³⁷⁷ zur derzeit kontrovers geführten politischen Diskussion um eine Gesetzesregelung und die (formalen) Voraussetzungen einer Patientenverfügung vgl. „Angriff auf die Privatautonomie“ sowie „Bürokratisches Lebensende“ in Der Spiegel 44/2008 vom 27.10.2008, S. 156f. und 157.

³⁷⁸ im Ergebnis ebenso Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 5. Auflage, S. 133 Rn. 33 mit folgendem Beispiel: „Ein unheilbar Kranker hat bei völlig klarem Bewusstsein den Entschluss gefasst, im Kreise seiner Familie und in Begleitung seines Arztes seinem Leben ein Ende zu setzen. In dieser Situation (sog. Bilanzselbstmord) darf polizeilich nicht eingeschritten werden.“

³⁷⁹ Auer in Staatslexikon, Bd. V, Sp. 284 und 285, allerdings für das Jahr 1989; aktuell hat sich hieran gemäß des Artikels „Finaler Hausbesuch“ in Der Spiegel, Nr. 25 vom 16.06.2008, S. 42, jedoch nichts geändert; vgl. auch die Leserstimmen zum Artikel „Entwürdigende Fremdbestimmung“ in Der Spiegel, Nr. 15 vom 07.04.2007, S. 10.

dungen einzuräumen. Vielmehr ist auch hier in Kohärenz zu den im Zusammenhang mit generellen grundrechtlichen Schutzpflichten gemachten Ausführungen die Willens- und Einsichtsfähigkeit des Selbstmordwilligen maßgeblich zugrunde zu legen.

Für ein zu Zwecken der Gefahrenabwehr erfolgendes polizeiliches Handeln bedeutet dies letztlich aber nur folgende Konsequenz: Die Polizei ist beim Selbsttötungsversuch nicht von vorneherein zu einem Schutzhandeln berechtigt, da es die – zugegebenermaßen eher hypothetische – Möglichkeit eines sogenannten freiverantwortlichen „Bilanzselbstmordes“ gibt, der Ausdruck einer rationalen Überlegung ohne psychopathologische Ursachen ist.³⁸⁰ Vor diesem Hintergrund begegnen also ins Gesetz aufgenommene, kategorische Befugnisse zur Verhinderung eines jeden Selbstmordes durchaus Bedenken – zu nennen wären in diesem Kontext § 28 I Nr. 2 lit. c PolG Baden-Württemberg und § 13 I Nr. 1 PolG Saarland. Allerdings wird in der Tat von einer rationalen Überlegung des „Lebensmüden“ in der Praxis ex ante kaum jemals mit Wahrscheinlichkeit ausgegangen werden können, wenn die Polizei im Eilfall und regelmäßig ohne genauere Hintergrundkenntnisse einschreitet. Es gilt insoweit der Grundsatz „in dubio pro vita“.³⁸¹ Die Polizei ist hier deshalb stets zumindest zu vorläufigen Gefahrenforschungseingriffen und somit zur Verhinderung einer akut drohenden Selbstmordhandlung ermächtigt. Hiernach muss der Betroffene in eine Fachklinik gebracht und dort von Fachmedizinerinnen betreut werden; der Gefahrenforschungseingriff wird in der Folge zumeist in unterbringungsrechtliche Maßnahmen umschlagen.³⁸² Die Befürchtung, dass die Sorge für verzweifelte Menschen der Polizei obliege, ist daher nicht berechtigt.³⁸³

³⁸⁰ so zutreffend Scholler/Schloer, Grundzüge des POR der BRepD, 4. Auflage, S. 64; Mühl/Leggereit/Hausmann, POR Hessen, S. 55 Rn. 69.

³⁸¹ Kramer, Hessisches POR, S. 46 Rn. 106.

³⁸² so auch Scholler/Schloer, Grundzüge des POR der BRepD, 4. Auflage, S. 64f..

³⁸³ Scholler/Schloer, Grundzüge des POR der BRepD, 4. Auflage, S. 65.

4. Menschenwürdeschutz oder Wesensgehaltsgarantie als Grundlage sogar für die Beschränkung einer freiverantwortlich erfolgenden „reinen“ Selbstgefährdung?

a) Überblick über verschiedene Lösungsformulierungen – Möglichkeit der Beschränkung auch gegen den freiverantwortlich gebildeten Willen des Einzelnen?

Ganz vereinzelt wird in Art. 1 I GG als „fundamentale Menschenpflicht“ offenbar bereits eine gegenüber allen Grundrechten – also auch gegenüber dem Selbstbestimmungsrecht – wirkende verfassungsunmittelbare Schranke gesehen.³⁸⁴ Meist fasst man Art. 1 I 2 GG jedoch so auf, dass außer der Achtungspflicht noch die ausdrückliche und unabdingbare staatliche Verpflichtung begründet werde, die Menschenwürde des Einzelnen zu schützen.³⁸⁵ Ob man auf der Grundlage dieser Überlegung eine Möglichkeit herleiten kann, den einzelnen bei der „reinen“ Selbstgefährdung gegen seinen beachtlichen oder unbeachtlichen Willen vor sich selbst zu schützen, ist bisweilen diskutiert worden.

Im Rahmen der sogenannten Theorie vom „absoluten Wesensgehalt“³⁸⁶ wird darauf verwiesen, unabdingbare Schutzpflichten bestünden nicht nur gegenüber der Menschenwürde selbst, sondern zumindest auch gegenüber dem Menschenwürdekern der anderen Freiheitsrechte.³⁸⁷ Diese Menschenrechte seien nach der Konzeption des Art. 1 GG unverzichtbarer Mindestbestand der menschlichen Rechtsposition, der nach Art. 19 II GG als Wesensgehalt des jeweiligen Grundrechts geschützt sei.³⁸⁸ Daraus folgt die grundsätzlich bestehende Möglichkeit, je nach dogmatischer Herangehensweise den Menschenwürdekern bzw. Wesensgehalt der Freiheitsrechte entweder gegenüber der Selbstbestimmung als vorrangig zu betrachten oder dem Selbstgefährder

³⁸⁴ Luchterhand, S. 448ff.; ähnlich Donner/Simon in DÖV 1990, S. 907ff., die von der „Einengung der persönlichen Freiheit“ sprechen.

³⁸⁵ Littwin, Grundrechtsschutz gegen sich selbst, 1993, S. 181, dazu auch Di Fabio in Maunz/Dürig, Bd. I, Art. 2 II Rn. 36.

³⁸⁶ vgl. BVerwG in NJW 1955, S. 763; BVerfGE 16, 194 (201); 34, 238 (245); 35, 35 (39).

³⁸⁷ Schwabe, Problem der Grundrechtsdogmatik, S. 229ff. m.w.N..

³⁸⁸ vgl. BVerwGE 47, 330 (358); Herdegen in Maunz/Dürig, Band V, Art. 79 Rn. 42; Bleckmann in JZ 1988, 57 (62); vgl. auch Dickert, Naturwissenschaften und Forschungsfreiheit, S. 449.

den hierauf gerichteten „Verzicht“ zu versagen – selbst bei freiverantwortlichem Handeln.

Aktuelle Brisanz hat diese Problematik besonders vor dem Hintergrund neuerer Fernsehformate³⁸⁹ oder auch öffentlicher Veranstaltungen³⁹⁰ erhalten, zu deren Verbot die Menschenwürde schlechthin als Schutzberechtigung mobil gemacht wird.³⁹¹ So argumentiert etwa das BVerwG in seiner „Peep-Show-Entscheidung“, auf die Freiwilligkeit der Teilnahme komme es nicht an, weil der einzelne auf die Menschenwürde angesichts ihres Charakters als eine „objektive Wertentscheidung“ nicht verzichten könne.³⁹² Auch Hinrichs meint in Bezug auf die Fernsehsendung „Big Brother“, die Menschenwürde der Kandidaten werde dadurch verletzt, dass sie ihr intimstes soziales Verhalten an den anonym konsumierenden Zuschauer vermarkten bzw. ihre Intimsphäre verkaufen; sie würden als bloßes Mittel zum Zweck benutzt, als Marionette eines Gewinnspiels.³⁹³ Der Schutz der Menschenwürde kehrt sich mit dieser Argumentation ersichtlich auch gegen die freie, eigenverantwortliche Selbstbestimmung.

Eingedenk der Schwierigkeit einer Bestimmung von Reichweite und Grenzen der Wesensgehalts- bzw. Menschenwürdegarantie³⁹⁴, werden verschiedene Gegenargumentationen vertreten.

So soll als Konsequenz der situationsabhängigen Begriffsbestimmung der Grundrechte deren Wesensgehalt von vorneherein relativ zu ermitteln sein – sogenannte relative Theorie³⁹⁵: Es komme auf Anlass und Grund der Beschränkung und die zu schützenden Rechtsgüter an. Die Unantastbarkeit der Menschenwürde bedeute hierbei nichts anderes, als dass der in ihr dokumen-

³⁸⁹ beispielhaft seien genannt: „Das Model und der Freak, Big Brother, Ich bin ein Star – holt mich hier raus, Entern oder Kentern, Inselduell, etc.“.

³⁹⁰ beispielsweise sogenannter „Zwergenweitwurf“, vgl. VG Neustadt in NVwZ 1993, 98; vgl. auch „Peep-Show“-Entscheidung BVerwG 64, 274, kritisch dazu bereits Höfling in NJW 1983, 1582; Hoerster in JuS 1983, 93 (95f.); Gusy in DVBl 1982, 984.

³⁹¹ vgl. etwa Schmitt Glaeser in ZRP 2000, 395ff.; Hinrichs in NJW 2000, 2173ff.; Huster in NJW 2000, 3477ff.; Hartwig in JZ 2000, 967ff.; Hintz/Winterberg in ZRP 2001, 293ff..

³⁹² BVerwGE 64, 274.

³⁹³ Hinrichs in NJW 2000, 2173 (2175).

³⁹⁴ dazu Littwin, S. 226ff.; mit dem Versuch einer Grenzziehung zuletzt Laudeur/Augsberg, Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat, Tübingen 2008; überaus kritisch dazu Pawlik, „Im fahlen Reich des Ausnahmezustands“ in FAZ vom 29.09.2008, S. 37.

³⁹⁵ Littwin, S. 223; BVerwGE 47, 330 (357f.); BVerfGE 22, 180 (219); 27, 344 (350ff.); BGH in DÖV 1955, 729f.; BGHSt 4, 375 (377).

tierte Eigenwert des einzelnen durch Dritte nicht beeinträchtigt werden dürfe und dass die Menschenwürde als Wert jedem Menschen innewohne und nicht erst erworben werden müsse.³⁹⁶ Sie könne jedenfalls nicht zur Herleitung einer Schutzpflicht oder –berechtigung gegen den Willen des Trägers dienlich sein.³⁹⁷

Häufig wird auch betont, dass niemand *seine eigene* Menschenwürde verletzen könne, wenn er freiwillig und in Kenntnis aller Umstände handle³⁹⁸; eine Menschenwürde die sich gegen die freie Entscheidung des einzelnen kehren kann, kenne das Grundgesetz nicht.³⁹⁹

b) Plausibilität und Verwendbarkeit zum Schutz des Einzelnen bei der in Rede stehenden „reinen“ Selbstgefährdung?

Grundsätzlich bestehen in der Tat Bedenken gegen neuere Tendenzen in der „Unterhaltungsbranche“, den oftmals am Rande der Gesellschaft stehenden Einzelnen mit seinen intimsten Schwächen und Wünschen einem anonymen Publikum zu dessen Belustigung vorzuführen – besonders dann, wenn dies unter dem Deckmantel vermeintlicher Hilfsbereitschaft wie auch geheuchelter Anteilnahme geschieht.⁴⁰⁰ Ihren Anfang nahm diese seinerzeit vehementer Kritik⁴⁰¹ ausgesetzte Entwicklung in der Produktion „Big Brother“ vor mittlerweile 8 Jahren. Sie hat seitdem eine beständige Steigerung in der Wahl der Mittel zur Kommerzialisierung der Intimsphäre erfahren. Waren die Teilnehmer der ersten „Big Brother“ – Staffeln noch weitgehend sich selbst und die Art der Selbstdarstellung ihnen überlassen, so werden in neueren Produktionen Mittel und Wege gefunden, die vorgeführten Personen zu instrumentalisieren bzw. eine möglichst weitgehende Freilegung ihrer Gefühlswelt oder körperlichen wie geistigen Unzulänglichkeit voranzutreiben

³⁹⁶ Littwin, S. 237; BVerfGE 1, 97 (104).

³⁹⁷ Littwin, S. 241.

³⁹⁸ von Olshausen in NJW 1982, 2222 (2222); Stober in NJW 1984, 2499 (2500).

³⁹⁹ Gamp/Hebeler in BayVBl 2004, S. 262 m.w.N.; OVG Hamburg in NVwZ 1985, 841; Huster in NJW 2000, 3477f.; ähnlich Eifert in Bahr/Heinig, Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, S. 328, unter der in der Folge kritisch beleuchteten Prämisse, dass es einen („reinen“) Schutz der individuellen Persönlichkeit durch die Menschenwürde überhaupt gibt.

⁴⁰⁰ so kann das mitunter unverhohlen genannte Ziel der Sendung „Das Model und der Freak“ nicht darin gesehen werden, dem jungen Teilnehmer eine Hilfestellung bei der privaten Lebensgestaltung zu geben, sondern letztlich nur in einer möglichst weitgehenden Freilegung seiner inneren Gefühlswelt – zur Erheiterung des Fernsehpublikums.

⁴⁰¹ vgl. vor allem Hinrichs in NJW 2000, 2173ff..

und beides der Lächerlichkeit preiszugeben. Das Spektrum reicht dabei von der Schaffung vermeintlich ungestörter Gesprächssituationen in gespielter Vertrauenswürdigkeit⁴⁰² über die massenmediale Inszenierung von Ekel und Würdeverlust⁴⁰³ bis hin zur epischen Darstellung körperlicher Missgeschicke im Zeitlupenformat.⁴⁰⁴

Di Fabio⁴⁰⁵ formuliert in diesem Zusammenhang überaus eindeutig: „Wenn in einer Fernseh-Show ein schlichter Mensch mit gravierenden Problemen des Körpers oder des Geistes zum Instrument des johlenden Publikums gemacht wird, an dessen Tränen sich die Zuschauer weiden und dessen Ohnmacht genüsslich beschaut wird, dann ist die Würde – und zwar nicht nur des Betroffenen – verletzt, ohne dass Blut fließt.“ Die Grenzen sind daher nicht erst – wie Huster⁴⁰⁶ und Gampp/Hebeler⁴⁰⁷ meinen – mit „Gladiatorenkämpfen“ oder „Russischem Roulette“ erreicht, sondern bereits wesentlich früher.

Diese Fragestellung soll hier aber unter dem Gesichtspunkt der „reinen“ Selbstgefährdung nicht weiter vertieft werden.

So wird nämlich wird bei genauerem Hinsehen deutlich, dass im Rahmen der oben skizzierten, neueren „Mediendiskussionen“ letztlich regelmäßig nicht die Menschenwürde des Einzelnen als Berechtigung zu seinem eigenen, nicht gewollten Schutz, sondern dass die Menschenwürde in Form eines „objektiven Gemeinschaftsguts“ als Eingriffsrechtfertigung fungiert.⁴⁰⁸

⁴⁰² in diesem Sinne agierten vor allem die „Lockvögel“ bei „Das Model und der Freak“.

⁴⁰³ so etwa die Fernsehproduktion „Ich bin ein Star – holt mich hier raus!“; hierzu der Spiegel 4/2008 vom 21.01.08, S. 145 („TV-Trash: Maden in Germany“): „Weil [die Sendung] mit allen Inszenierungstricks alle Instinkte anspricht: von Voyeurismus und Schadenfreude über die Grusellust am Ekel bis zu schierem Mitleid.“

⁴⁰⁴ beispielhaft sei die Produktion „Entern oder Kentern“ genannt, in der es u.a. die Aufgabe darstellt, möglichst viele der in ihrer Bewegungsfreiheit stark eingeschränkten „menschlichen Kegel aus der Bahn zu räumen“ – dem Zuschauer wird jeder mitunter schmerzhaft „Treffer“ in Zeitlupe noch mehrmals vor Augen geführt.

⁴⁰⁵ Di Fabio in Maunz/Dürig, Bd. I, Art. 2 II Rn. 16.

⁴⁰⁶ Huster in NJW 2000, 3477 (3478).

⁴⁰⁷ Gampp/Hebeler in BayVBl. 2004, 257 (262).

⁴⁰⁸ ebenso Huster in NJW 2000, 3477 (3478); auch Eifert formuliert in Bahr/Heinig, Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, S. 330: „Die medienspezifische Frage des Menschenwürdeschutzes betrifft [...] die Fallgruppen, in denen hinsichtlich des realen Geschehens von einer wirksamen Einwilligung der Betroffenen auszugehen ist, aber die mediale Verbreitung wegen ihrer gesellschaftlichen Wirkungen unter dem Gesichtspunkt der Menschenwürde thematisiert werden kann, und die Fälle einer rein fiktionalen oder virtuellen Darstellung, bei der die Menschenwürde von vorneherein

Gegen herabwürdigende und objektivierende Darstellungen vor laufenden Kameras oder während öffentlicher Veranstaltungen spricht nicht in erster Linie die Sorge um die in der Regel freiverantwortlich handelnden Kandidaten⁴⁰⁹, sondern um die Zuschauer und den moralischen Zustand des Gemeinwesens.⁴¹⁰ Unter diesem Aspekt ist das Verbot von Peep-Shows, frauenverachtender Pornographie, dem sogenannten „Zwergenweitwerfen“ und dem Ausstellen von körperlichen Abnormitäten auf Jahrmärkten durchaus diskutabel. Auch ein generelles, situationsungebundenes Verbot der eingangs erörterten „privaten Fightclubs“ könnte auf diese Grundlage zu stützen sein – insbesondere dann, wenn die „Turniere“ vor den Augen von Kindern stattfinden⁴¹¹:

Es geht im Regelfall nicht um die einzelne Frau, den einzelnen Behinderten oder Straßenkämpfer, der sich an diesen Veranstaltungen zumal meistens freiverantwortlich beteiligt, sondern um die Befürchtung, dass eine Zurschaustellung dieser Art die gesellschaftlichen Einstellungen in unerfreulicher Weise beeinflussen könnte – Frauen könnten nur noch als willenlose Objekte männlicher Begierde, Behinderte nur noch als lächerliche, skurrile Gestalten oder Gewalt als probates Mittel zur Interessendurchsetzung und zum Gewinn von Anerkennung wahrgenommen werden.⁴¹² Hier argumentiert man jedoch nicht mehr mit der Würde der im konkreten Fall Beteiligten, sondern mit der Menschenwürde als Element des sozialen Umgangs und der öffentlichen Kultur – also mit einem öffentlichen Gut.⁴¹³ Es handelt sich nicht um die Frage, ob der (freiverantwortlich handelnde) „Selbstgefährder“

erst im Rahmen der Verbreitung berührt werden kann.“; insgesamt abweichend Schenke, POR, 5. Auflage, S. 30 Rn. 59a.

⁴⁰⁹ vgl. hierzu Eifert in Bahr/Heinig, Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, S. 328f.: „Es lässt sich aber durchaus fragen, inwieweit die Betroffenen jeweils die Dynamik und Wirkungsmächtigkeit des Mediums bei ihrer Entscheidung auch tatsächlich überblicken konnten. So können sich etwa bei „Big Brother“ Kandidaten zwar selbst inszenieren, vermögen aber keineswegs die mediale Darstellung darüber zu beherrschen. [...] Dennoch wird man hier im Zweifel von einer wirksamen Einwilligung ausgehen müssen, will man nicht über die Voraussetzungen der Einwilligung zu einer paternalistischen Überformung der individuellen Selbstbestimmung kommen.“

⁴¹⁰ Huster in NJW 2000, 3477 (3478).

⁴¹¹ vgl. dazu oben unter II.1. – zu diesem Ergebnis käme wohl auch die traditionelle Auffassung unter Zugrundelegung des Kriteriums einer Ausstrahlung in die „Öffentlichkeit“, dazu I.3.b).aa), auch dies mag nochmals verdeutlichen, dass diese Auffassung letztlich bedenklich nicht den Einzelnen um seiner selbst willen schützt, sondern in erster Linie öffentliche Güter, so bereits unter I.3.b).aa).(3)..

⁴¹² vgl. zutreffend Huster in NJW 2000, 3477 (3478).

⁴¹³ Huster in NJW 2000, 3477 (3478); ähnlich Schwabe in JZ 1998, 66 (69f.).

zum eigenen Schutz an seinem Tun gehindert werden darf, sondern ob dies zum Schutz der Allgemeinheit möglich ist.

Aus der Perspektive der polizei- und ordnungsrechtlichen Generalklausel kommt der dargelegte Menschwürdegedanke – in Entsprechung zu den teilweise schon unter **II.3.** vorgenommenen Erwägungen – insoweit also auch nicht beim Individualrechtsgüterschutz, sondern im Rahmen der „Öffentlichen Ordnung“ zum Tragen. Hier entfaltet er hingegen seine volle Ausstrahlungswirkung und kann nach dem oben Gesagten im Einzelfall wohl bisweilen auch dazu dienlich sein, ein Handeln gegen den Willen des Betroffenen zu verhindern.⁴¹⁴ Das muss gelten, ohne dass es zuvor – wie bei sonstigen Allgemeinwohlgütern, dies wurde unter **II.3.** aufgezeigt – einer speziellen gesetzlichen Konkretisierung bedarf. Im Gegenteil mag die tragende Funktion des Auffangtatbestandes in diesem Zusammenhang durchaus als sichtbarer Beweis für seine bisweilen umstrittene Verfassungsmäßigkeit⁴¹⁵ dienen. Eine Schutzberechtigung in den Fällen der „reinen“ Selbstgefährdung, wie sie Schwerpunkt dieser Untersuchung sein soll, kann jedoch hier schon terminologisch vor dem Hintergrund der bereits unter **II.3.** angestellten Überlegungen im Schutz der Menschenwürde oder eines ihr ähnlichen Wesensgehalts der Grundrechte als öffentlichem Gut nicht erblickt werden.

Sofern allerdings subsidiär hierzu tatsächlich einmal die Frage nach einem zulässigen Schutzhandeln zugunsten des sich „rein“ selbst gefährdenden Einzelnen Bedeutung erlangen sollte – da die Menschenwürde weitgehend (erst) in der sozialen Umwelt des Einzelnen ihre Geltungskraft entfaltet, ist

⁴¹⁴ bezüglich der hauptsächlich diskutierten neueren Fernsehformate ist dies durchaus umstritten: für die Annahme einer Verletzung der Menschenwürde aufgrund der kulturellen Wirkkraft des Fernsehens auf das gesellschaftliche Menschenbild und zentrale gesellschaftliche Grundwerte äußert sich etwa Schmitt Glaeser in ZRP 2000, 395 (400ff.); kritisch bzw. mit deutlich engerer Grenzziehung Eifert in Bahr/Heinig, Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, S. 331ff., der darauf verweist, dass die Kommunikationsordnung als Raum auch der experimentellen gesellschaftlichen Selbstreflexion offen gehalten werden müsse und so auch die Verfassung kein Verbot rein kommunikativer Inhalte aus Gründen des Menschenwürdeschutzes ohne die – wegen wirksamer Einwilligung unterbliebene – Verletzung der Würde realer Bürger zulasse.

⁴¹⁵ zu Definition und Verfassungsmäßigkeit vgl. Alpmann/Brockhaus, Fachlexikon Recht, S. 954f.; die Verfassungsmäßigkeit ablehnend Denninger in JZ 1970, S. 145; Thiele in ZRP 1979, S. 9; Brandt/Smeddinck in Jura 1994, S. 226; bejahend die h.M. etwa Frauke Hansen-Dix: Die Gefahr im Polizeirecht, im Ordnungsrecht und im Technischen Sicherheitsrecht, Köln u.a. 1982 m.w.N..

dies kaum einmal vorstellbar –, wird man mit den eingangs dargestellten Überlegungen hingegen keinen Schutz gegen den Willen des freiverantwortlich Handelnden als Ausnahme zum Grundsatz begründen können. So erscheint es in der Tat schon grundsätzlich zweifelhaft, dass im Zusammenhang mit einem ausschließlichen Schutz des Einzelnen die Menschenwürde mit Blick auf den sich bewusst entscheidenden Menschen gegen diesen selbst gewendet werden kann⁴¹⁶ bzw. eine ihr entspringende Schutzberechtigung sein freiverantwortlich ausgeübtes Selbstbestimmungsrecht zu überwiegen oder dessen Schutzbereich zu verdrängen hätte. Schließlich sichert die Menschenwürde gerade die Macht zu freier Entscheidung als individuelle Entfaltung der Persönlichkeit in der sozialen Umwelt.⁴¹⁷ Würde man mit diesem Verständnis dem Einzelnen allein zu seinem eigenen Schutz die Berufung auf seine freiverantwortliche Entscheidung versagen, so nähme man ihm, was ihm eigentlich garantiert wird. Die Argumente, die hier dennoch für einen Schutz gegen den Willen des sich einsichtsfähig Gefährdenden ins Feld geführt werden, behandeln systematisch vielfach nicht den Individualschutz, sondern die Menschenwürde als Allgemeinwohlgut und vermögen daher keine Sonderstellung zu begründen.

5. Zulässigkeit eines Schutzes gegen den freiverantwortlich gebildeten Willen des sich selbst Gefährdenden im „staatlichen Bereich“?

a) Die Formulierung des Bundesverwaltungsgerichts und ihr Aussagegehalt nach hiesiger Deutung

Der dritte Senat des BVerwG hatte in seiner Entscheidung vom 27.04.1989 – Az. 3 C 4/86 – zu beurteilen, ob einem *ehemals* psychisch kranken Insassen eines Psychiatrischen Landeskrankenhauses zu dessen eigenem Schutz die Einsicht in seine Krankheitsakten mit dem gutachterlich fundierten Argument verweigert werden durfte, es drohe andernfalls ein neuerlicher Ausbruch der Krankheit. Das Gericht hat die Unzulässigkeit staatlichen Eingrei-

⁴¹⁶ so Eifert in Bahr/Heinig, Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, S. 328, mit Blick auf einen Schutz der individuellen Persönlichkeit bzw. des Persönlichkeitsrechtes durch die Menschenwürde.

⁴¹⁷ vgl. Eifert in Bahr/Heinig, Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, S. 328, im Zusammenhang mit dem auch aus der Menschenwürde hergeleiteten Allgemeinen Persönlichkeitsrecht.

fens allein zum Schutz des sich selbst Gefährdenden bei freier Willensverantwortlichkeit zunächst einmal bestätigt: „.... ist die freie Willensentschließung nicht beeinträchtigt, so gibt es keine verfassungsrechtliche Legitimation dafür, die Handlungsfreiheit des [Handelnden] in dessen eigenem Interesse einzuschränken.“

Gleichwohl wird hiervon – so ist es jedenfalls den Ausführungen zu entnehmen – eine Ausnahme erwogen, wenn die Selbstgefährdung an einen staatlichen Mitwirkungsakt geknüpft ist, ohne den sie sich nicht realisieren ließe, also wenn der Staat aktiv die Selbstgefährdung zu befördern statt ihr nur tatenlos beizuwohnen hätte. Das BVerwG formuliert dies wie folgt: „Die Frage ist indes, ob nicht für das *Ausmaß der staatlichen Schutzverpflichtung* ein Unterschied zu machen ist zwischen selbstgefährdenden Betätigungen im rein gesellschaftlichen Bereich einerseits und solchen Fällen, in denen die Verwirklichung der Selbstgefährdung an die Mitwirkung des Staates gebunden ist. So handelt es sich im vorliegenden Fall nicht um eine positive Eingriffsmaßnahme, mit der der Staat dem selbstbestimmungsgemäßen Handeln des Staatsbürgers entgegenwirkt, vielmehr erschöpft sich das Handeln des Staates negativ in der Weigerung, durch eine Aktenvorlage die Akteneinsicht als Ausübung des Selbstbestimmungsrechts zu ermöglichen. Der Senat lässt dahinstehen, inwieweit grundsätzlich das Verhältnis des Selbstbestimmungsrechts einerseits zur staatlichen Schutzverpflichtung andererseits im Falle der bloßen Selbstgefährdung davon abhängt, ob die Selbstbestimmung in einem staatsfreien Bereich verwirklicht werden soll oder nicht.“

Diese in ihrer Unterscheidung zwischen verursachendem Tun und Unterlassen an die strafrechtliche Garantenstellungsproblematik erinnernde Fallgruppe ist durchaus von nachvollziehbarer Relevanz. Man nehme nur das Beispiel des Anbieters einer gefährlichen Veranstaltung, etwa eines „Bungee-Springens“, der als Inhaber einer ihm zuvor erteilten Reisegewerbekarte (§ 55 GewO) den Reiz der Gefährlichkeit dadurch hoch zu halten bzw. zu steigern sucht, dass er seine Tätigkeit an besonders gefährlichen, z.B. windreichen Orten durchführt. Es stellt sich die Frage, ob im Eilfall den umfassend über alle Risiken aufgeklärten Interessenten die Teilnahme *allein zu*

eigenem Schutz (oder dem Unternehmer die Veranstaltung) untersagt werden kann.

Hinter dem Ansatz des BVerwG stehen in Anbetracht der obigen Fallbeispiele ganz offensichtlich folgende Überlegungen: Es stellt sich im sogenannten „staatlichen Bereich“ die Frage, ob nicht zum einen der Staat auf den seiner unmittelbaren Einflussnahme (hier: Reisegewerbekarte) und Fürsorge (oben: psychische Heilbehandlung) obliegenden Gebieten eine gewisse Mitverantwortung⁴¹⁸ dergestalt trägt, dass Gefahren auf ein erträgliches, da weitgehend kontrollier- und überschaubares Maß beschränkt bleiben. Schließlich geht mit der Duldung oder gar ausdrücklichen Gestattung eines Verhaltens von Seiten der Behörden auch stets eine gewisse Anschauungswirkung gegenüber dem in staatliche Sicherungsmechanismen vertrauenden Bürger einher – trotz ausführlicher Risikobelehrung. Zum anderen schöpft der Ansatz Nahrung in einer fast strafrechtlich anmutenden Überlegung. Ist der Staat bei freiverantwortlicher Selbstgefährdung aufgrund fehlender Schutzberechtigung zur Untätigkeit gezwungen – besteht also strafrechtlich gesprochen keine Garantenstellung, so mag dies anders zu beurteilen sein, wenn im Vorfeld behördlicherseits eine erfolgskausale Bedingung der späteren Selbstgefährdung – möglicherweise sogar pflichtwidrig – gesetzt worden ist bzw. werden muss. Mit diesem verantwortungsbegründenden staatlichen Vorverhalten ist letztlich die strafrechtlich entlehnte Figur des Überwachergaranten⁴¹⁹ bzw. der Ingerenz⁴²⁰ angesprochen.

Sind die entsprechenden Voraussetzungen gegeben, so wird erwogen, dass sich die staatliche Schutzverpflichtung gegenüber der allgemeinen Hand-

⁴¹⁸ mit einem „Mitverantwortungsgedanken“ zur Verstärkung staatlicher Schutzpflichten bei der Genehmigung von Kernkraftwerken auch BVerfGE 53, 30 (58): „Wird aber ein Kernkraftwerk trotz des in ihm verkörperten außerordentlichen Gefährdungspotentials im Allgemeininteresse an der Energieversorgung genehmigt, so bedeutet dies, dass die körperliche Integrität Dritter Gefährdungen ausgesetzt werden kann, die diese nicht beeinflussen und denen sie kaum ausweichen können. Damit übernimmt der Staat seinerseits eine eigene *Mitverantwortung* für diese Gefährdungen.“

⁴¹⁹ vgl. dazu Gropp, Strafrecht-AT, § 11 Rn. 31ff.: „... ist der Überwachergarant dafür verantwortlich, dass aus einer Gefahrenquelle – sei es Mensch oder Sache – Dritte nicht mehr als den Umständen nach unvermeidbar gefährdet oder geschädigt werden.“

⁴²⁰ im obigen Beispielsfall des Reisegewerbekarteninhabers wäre zu überlegen, ob die Erlaubnis nicht wegen Unzuverlässigkeit von Anfang an hätte versagt werden müssen (§ 57 GewO); will man die strafrechtlichen Maßstäbe übertragen, könnte ein pflichtwidriges Vorverhalten hierin durchaus zu sehen sein.

lungsfreiheit in der verfassungsrechtlich dominierten Abwägung durchsetzen könnte.⁴²¹

b) Kritikpunkte – staatliches Einschreiten auch bei freiverantwortlicher „reiner“ Selbstgefährdung im „staatlichen Bereich“ denkbar?

Führt man diesen Gedankengang allerdings weiter, so lässt er sich in seiner unbestimmten Ausprägung mit dem im Grundsatz umfassenden Freiheitsverständnis des Grundgesetzes nur noch schwerlich vereinbaren:

Will man Fälle mit staatlicher Einflussnahme im Vorfeld wegen der dann bestehenden staatlichen Mitverantwortung *per se* aus dem Bereich zulässiger Selbstgefährdung herausnehmen, so begibt man sich in einen bedenklichen Konflikt mit dem Recht auf Selbstbestimmung. Dieser Konflikt macht von vorneherein eine Abgrenzung bzw. Präzisierung der Begriffe „Einflussnahme und Mitverantwortung“ unabdingbar. Eine solche scheint hingegen kaum möglich, wenn man bedenkt, dass der Staat letztlich in allen, auch den „gesellschaftlichen“ Bereichen Verantwortung trägt und die Rahmenbedingungen für ein Zusammenleben setzt – sei es im Einzelfall auch durch gesetzgeberisches oder behördliches Unterlassen, das mitunter ebenso schwerwiegende bzw. „quasikausale“ Folgen haben wie ein entsprechendes Handeln.

Mit dieser Herangehensweise ließe sich zum Beispiel auch die Frage stellen, ob der Staat allein dadurch schon ein genügendes Maß an eingriffslegitimierender „Verantwortung“ für infolge des Rauchens entstehende gesundheitliche Schäden übernommen hat, dass der Gesetzgeber in Kenntnis der Problematik bislang auf ein generelles Verbot verzichtet hat. Das zirkelschlüssige Beispiel zeigt zunächst einmal, dass die eingangs genannte Formulierung eines „staatlichen Bereichs“ unwägbare ist und eine hinreichend genau und überzeugend durchführbare Bestimmung – etwa nach bestehender und nicht bestehender, unmittelbarer und mittelbarer oder auch aktiver und passiver Mitverantwortung des Staates – von vorneherein schwerfällt.

⁴²¹ das BVerwG löst das Problem der Selbstgefährdung in seiner Entscheidung mit einer Abwägung zwischen der allgemeinen Handlungsfreiheit und den grundrechtlichen Schutzpflichten, vgl. BVerwG vom 27.04.1989, Az. 3 C 4/86 = BVerwGE 82, 45 (49) sowie bereits oben unter **III.2.d).**

Erscheinen die Begrifflichkeiten der Fallgruppe nun aber insgesamt zu unwägbar und lassen keine klare Grenzziehung zu, so bleibt nur die Möglichkeit, sie zwanglos im Sinne einer *Risikoverteilung zwischen Staat und Bürger* aufzufassen. Es wäre im Einzelfall zu beleuchten, ob nun der Schwerpunkt der Gefährdung bzw. der Hauptteil der Verantwortung für drohende Schäden dem eigenverantwortlich handelnden Bürger oder dem Staat aufgrund seines Mitwirkungsaktes anzulasten ist – nur in der letztgenannten Variante wäre ein Einschreiten zum Schutz des Bürgers unter Umständen auch gegen seinen freien Willen möglich.

Zum Beispiel könnte in diesem Sinne möglicherweise zur Bewältigung der sogenannten „Hungerstreikproblematik im Justizvollzug“⁴²² argumentiert werden. So handelt es sich bei der Selbstgefährdung hungerstreikender Gefängnisinsassen zwar in erster Linie um einen weiteren Aspekt im Rahmen der Suiziddiskussion, dem mit den bereits oben beschriebenen Ansätzen begegnet wird⁴²³ – deshalb sollen die hierzu vertretenen Lösungen auch nicht erneut aufgerollt werden.⁴²⁴ Interessant erweist sich die Problematik allerdings des weiteren vor dem Hintergrund der hier zu untersuchenden eingriffslegitimierenden „Mitverantwortung des Staates im staatlichen Bereich“. Hiermit könnte nämlich eine Schutzberechtigung des Staates über die behandelten Selbsttötungsfälle hinaus auch bei erwiesenermaßen freiverantwortlichem Handeln des Suizidenten begründet werden.⁴²⁵ Da der Häftling sich nämlich in einem besonderen Obhutsverhältnis zum Staat und damit im „staatlichen Bereich“ befindet bzw. da der Staat mit der Inhaftierung (wohl) eine kausale Bedingung der späteren Selbstgefährdung gesetzt hat, könnte man der Auffassung sein, der Staat sei bereits aufgrund hierdurch begründeter staatlicher Mitverantwortung und unabhängig von einem möglicherweise entgegenstehenden, individuellen Willen für das Wohlerge-

⁴²² hierzu sei bemerkt, dass die Problematik in § 101 I StVollzG eine gesetzliche Regelung erfahren hat – interessant bleibt sie jedoch vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Behandlung eines Einschreitens auch gegen den nicht freiverantwortliche Handelnden und der damit verbundenen Ausstrahlung auf die Generalklausel im unregelten Bereich, vgl. **I.3.b.bb).(3).**

⁴²³ vgl. **III.3.**

⁴²⁴ ausführlich zur Hungerstreikproblematik im Justizvollzug bei Rechtsprechung und Literatur bereits Littwin, S. 55ff..

⁴²⁵ unter **III.3.** wurde abschließend die Auffassung vertreten, dass ein unzweifelhaft freiverantwortlicher „Bilanzselbstmord“ als rationale Entscheidung zulässig wäre.

hen des Insassen verantwortlich. Schließlich ist kaum eine größere Nähebeziehung des Bürgers zum Staat denkbar als die eines „besonderen Gewaltverhältnisses“.

Gegen eine Beachtlichkeit behördlicher Mitverantwortung im sogenannten „staatlichen Bereich“ bis hin zur Eingriffslegitimation bzw. Schutzberechtigung sprechen jedoch bei vorangegangenem Tun wie auch Unterlassen grundsätzliche Bedenken – jedenfalls dann, wenn dadurch auch ein Einschreiten gegen den einsichtsfähigen Selbstgefährder möglich werden soll. Eine freiverantwortlich erfolgende Selbstgefährdung kann nämlich kaum deshalb plötzlich unzulässig werden, weil der Staat sie zuvor durch einen wie auch immer gearteten Mitwirkungsakt erst ermöglicht bzw. eine kausale Bedingung gesetzt hat. Nicht die selbstbestimmte Freiheitsausübung ist rechtfertigungsbedürftig, sondern umgekehrt muss der Staat sich bei *jeder* einschränkenden Handlung von einem in der Abwägung höherwertigen Interesse leiten lassen. Will man ein solches bereits in der staatlicherseits dadurch übernommenen Verantwortung sehen, dass beispielsweise gerade auf eine Beschränkung verzichtet wurde oder ihr ein sonstiges (belastendes oder begünstigendes) staatliches Handeln vorausgegangen ist, führt dies zu einem gefährlichen Zirkelschluss:

Immer dort, wo der Staat ein freiheitsbeschränkendes Einschreiten unterlässt und dadurch nach obigem Verständnis vielleicht Mitverantwortung für den Fortgang der Geschehnisse begründet, würde die obrigkeitliche Verpflichtung, die Freiheit zu achten, in der Folge die Berechtigung liefern, sie einzuschränken. Handelt der Staat hingegen mit gleicher Wirkung begünstigend oder belastend, ließen sich mit einer derart offenen Sichtweise wohl allein aus der Beschränkung oder Gewährung selbst weitere von zusätzlicher Rechtfertigung mehr oder minder unabhängige Befugnisse, zumindest aber eine Absenkung der Eingriffsschwelle ableiten. Auch dem kann aus grundsätzlichen Erwägungen heraus nicht gefolgt werden, da letztlich eine *jede* Freiheitsbeschränkung in der Ägide des Grundgesetzes originär und eigenständig zu rechtfertigen ist – unabhängig von einem dem Einfluss des Bürgers vielfach entzogenem staatlichen Vorverhalten.

Daraus ergibt sich, dass zum Beispiel auch die Unterbindung eines Hungerstreiks als zusätzliche Freiheitsbeschränkung gegenüber dem Haftinsassen ihrerseits selbständig rechtfertigungsbedürftig⁴²⁶ und daher systematisch nicht anders zu behandeln ist, als sonstige „Selbsttötungsfälle“⁴²⁷. Eine Eingriffsbefugnis ließe sich demnach in Entsprechung zu den obigen Ausführungen vielleicht mit der freilich gutachterlich zu fundierenden Überlegung begründen, dass für den Gefängnisinsassen die Bildung eines freien Willens vielfach eingeschränkt sein dürfte. Sie kann allerdings nicht allein bzw. auch bei freier Willensbildung mit der Erwägung zugelassen werden, der Gefangene befinde sich aufgrund der vorangegangenen Inhaftierung in einem staatliche Mitverantwortung begründenden „staatlichen Bereich“. Begreift man letzteren nämlich als eine solche Art staatlicher Verantwortungssphäre, so umginge die damit einhergehende Anknüpfung an staatliches Vorverhalten die eigenständige Rechtfertigungsbedürftigkeit einer jeden einzelnen obrigkeitlichen Freiheitsbeschränkung oder würde die hieran zu stellenden Anforderungen zumindest gefährlich absenken.

6. Fazit und Zusammenfassung

a) Herleitung einer Schutzberechtigung bei „reiner“ Selbstgefährdung (Punkte III.1. und III.2.)

Die Bedeutung, welche der staatlichen Aufgabe zur Sicherheitsgewährleistung und insbesondere den grundrechtlichen Schutzpflichten beim Individualrechtsgüterschutz gegen „äußere“ Bedrohungen, vor allem gegen die Gefährdung durch private Dritte zukommt (dazu unter **I.3.**), lässt es gleichermaßen konsequent wie überzeugend erscheinen, hieraus auch entsprechende Schutzmöglichkeiten für den Staat in Fällen der „reinen“ Selbstgefährdung abzuleiten und nicht nach dem Ursprung der Gefahrenquelle zu differenzieren. Unabhängig davon, ob man dies auf einen in der Freiheitsausübung liegenden und einen Individualrechtsgüterschutz kategorisch verdrängenden „Schutzverzicht“ stützen oder die Schutzpflichtenlehre als Teil der Sicher-

⁴²⁶ zu grundrechtsrelevanten Maßnahmen in sogenannten „besonderen Gewaltverhältnissen“ vgl. die Strafgefangenenentscheidung des BVerfG, BVerfGE 33, 1ff..

⁴²⁷ dazu oben unter **III.3.**

heitsaufgabe nach Sinn und Zweck von vorneherein nicht entsprechend ausdehnen will, ist dabei ein Einschreiten gegen den sich freiverantwortlich selbst Gefährdenden allein zu dessen eigenem Nutzen im Ergebnis zwar jeweils ausgeschlossen. Überzeugender erscheint es allerdings eine fehlende „Hilfsbedürftigkeit“ und damit den zumutbaren Eigenschutz des einsichtsfähig handelnden „reinen“ Selbstgefährders generell als immanente Grenze grundrechtlicher Schutzpflichten und der staatlichen Sicherheitsaufgabe aufzufassen. Dann nämlich erweist sich die bisweilen Probleme aufwerfende Rechtsfigur eines „Verzichts auf grundrechtlich verfasste Individualrechtsgüter“ von vorneherein als entbehrlich.

Dennoch ist – nach hiesiger Einschätzung widersprüchlich – gegen diesen Ansatz verbreitet der Einwand erhoben worden, er führe zu einer Pervertierung der Grundrechte, die so auch gegen ihren Träger und somit gegen die eigene abwehrrechtliche Funktion zur Anwendung kommen könnten, und beinhalte daher eine wohlfahrtsstaatlichen Bevormundung des Einzelnen. Dieser Vorwurf ist nur insofern zunächst einmal nachvollziehbar, als hiermit ein Vorgehen gegen den freiverantwortlich handelnden „reinen“ Selbstgefährder kategorisch ausgeschlossen sein soll. Bei näherer Betrachtung können grundrechtliche Schutzpflichten allerdings von vorneherein ihrem Inhalt nach nicht soweit ausgedehnt werden, dass sie in einem solchen Fall überhaupt bestünden, geschweige denn ein Schutzhandeln rechtfertigen könnten. Die Kritik geht insoweit ins Leere. Im Übrigen mag mit dieser Argumentation zwar ein Einschreiten gegen den sich freiverantwortlich selbst Gefährdenden im Ergebnis berechtigterweise unmöglich gemacht sein – dies wäre auch mit grundrechtlichen Schutzpflichten ohnehin nicht gangbar gewesen –, allerdings ist noch nicht die in jedem Fall erforderliche Schutzberechtigung zu Gunsten nicht einsichtsfähig Handelnder gewonnen. Im Gegenteil ist damit bei konsequenter Betrachtung sogar der Weg eines von den Grundrechten geprägten Schutzes menschlicher Individualrechtsgüter des Geisteskranken oder Minderjährigen verlegt.

Zum Zweck der Herleitung einer solchen Schutzberechtigung wird nunmehr eine „teleologischen Sichtweise“ des individuellen Selbstbestimmungsrechts herangezogen, wonach die Freiheitsausübung des nicht Einsichtsfähigen als

staatlicherseits „nicht anerkennenswert“ eingestuft oder von einer „fehlenden Wahrnehmungsfähigkeit“ der Grundrechte ausgegangen wird. Solches soll den Weg für einen Schutz des nicht einsichtsfähig Handelnden als legitimen Gesetzeszweck freimachen. Nur vereinzelt wird daneben noch die „sozialstaatliche Fürsorgepflicht“ als verfassungsrechtliche Grundlage eines Individualrechtsgüterschutzes zugunsten des nicht freiverantwortlich Handelnden gesehen.

Zum einen ergeben sich allerdings gewichtige Bedenken, will man den natürlichen Willen des sich nicht freiverantwortlich selbst Gefährdenden mit derlei Formulierungen (gefährlich) „entwerten“. Die Ausführungen stehen in bedenklicher Nähe zum Tatbestand des Selbstbestimmungsrechts. Der im Grundsatz umfassende Freiheitsgedanke des Grundgesetzes lässt jedoch eine in der „teleologischen Sichtweise“ letztlich indizierte Wertung bezüglich der Fähigkeit zu freiheitlicher Betätigung und somit in der Folge denkbarerweise auch bezüglich der Beachtlichkeit einer Freiheitsausübung an sich als zweifelhaft erscheinen – gerade weil diese Formulierungen im Hinblick auf „Eingriffsnotwendigkeiten“ an den grundrechtlichen Tatbestand der Selbstbestimmung „angelehnt“ werden bzw. in bedenklicher Nähe zu diesem stehen.⁴²⁸ Will man den Gedanken weiter fortführen, wäre damit in letzter Konsequenz die Richtung einer fehlenden „Grundrechtsmündigkeit“ des Geisteskranken oder Minderjährigen bzw. der Versagung eines freiheitlichen, abwehrrechtlichen Schutzes unter diesem Gesichtspunkt eingeschlagen. Das kann so weder beabsichtigt noch gemeint sein. Selbst bei einem unbefangenen Verständnis der Formulierungen im Sinne eines legitimen Gesetzeszwecks auf Rechtfertigungsebene ergeben sich darüber hinaus jedoch Widersprüchlichkeiten: Einerseits wird ein Einschreiten gegen den sich nicht freiverantwortlich Gefährdenden für zulässig erachtet, da diesem hierdurch keine Freiheit genommen werde. Andererseits wird allerdings gegen einen entsprechenden, in den Grundrechten verankerten Schutz, der nach dem bereits dargelegten Verständnis von vorneherein nur eben solche Fälle erfassen kann, der pauschale Vorwurf einer wohlfahrtsstaatlichen Bevormundung erhoben.

⁴²⁸ vgl. dazu **III.2.d).bb).**

Zum anderen lassen sich gegen die Herleitung einer letztlich auf grundrechtliche Schutzgüter ausgerichteten und daher zunächst einmal inhaltsgleichen Schutzberechtigung aus dem Sozialstaatsgedanken bei konsequenter Betrachtung ähnliche Vorwürfe erheben, wie sie just von den Vertretern dieser Auffassung gegen eine Nutzbarmachung der grundrechtlichen Schutzpflichtenlehre vorgebracht werden. Auch hier käme man nicht umhin, das Prinzip, welches an sich allgemein den Staat adressiert, zumindest auch als eine mögliche konkrete und einzelfallbezogene Eingriffslegitimation gegenüber dem potentiell Begünstigten bzw. im konkreten Fall Hilfsbedürftigen zu begreifen bzw. es in anderem Jargon hierzu „auszudehnen“ – ganz ähnlich wie es im Zusammenhang mit der letztendlich systematisch überzeugenderen Nutzbarmachung grundrechtlicher Schutzpflichten als Ausfluss der staatlichen Sicherheitsaufgabe kritisiert wird. Angesichts der in hohem Maße bestehenden Konkretisierungsbedürftigkeit des Sozialstaatsgebots, welches zu diesem Zweck von vorneherein nicht auf andere Verfassungsnormen und vorliegend insbesondere nicht auf die Grundrechte verzichten kann, erscheint es in dieser Hinsicht ebenfalls überzeugender, eine in Fällen nicht freiverantwortlichen Handelns im Grundsatz unbestritten notwendige Schutzberechtigung direkt aus den Grundrechten als Teil der staatlichen Sicherheitsaufgabe zu gewinnen.

Aus Gründen der Rechtsklarheit und Prüfungssystematik ist man deshalb nach hier vertretener Auffassung durchaus gehalten, der Anwendung grundrechtlicher Schutzpflichten als Garanten staatlicher Sicherheitsgewährleistung beim Schutz des nicht freiverantwortlich handelnden Selbstgefährders auch neben der bestehenden und ausdrücklich tatbestandlich ungeschmälernten Abwehrfunktion zugunsten eines sich anschließenden Abwägungsprozesses den Vorzug zu geben. Innerhalb dieses Prozesses stehen sich Selbstbestimmung und Individualrechtsgüterschutz auf der Rechtfertigungsebene gegenüber. Freilich kann dabei die Freiheitsbetätigung des nicht Einsichtsfähigen in ihrem Gewicht *als Abwägungsgesichtspunkt* nicht völlig losgelöst von seinen tatsächlichen Möglichkeiten zur Ausübung erörtert werden.⁴²⁹

⁴²⁹ BVerfGE 58, 208 (225f.): „Das Gewicht, das dem Freiheitsanspruch [...] zukommt, darf aber nicht losgelöst von den tatsächlichen Möglichkeiten des Fürsorgebedürftigen bestimmt werden, sich frei zu entschließen. Bei psychischer Krankheit wird die Fähig-

Der zumindest missverständlichen und in bedenklicher Nähe zum grundrechtlichen Schutzbereich stehenden Formulierungen im Rahmen einer „teleologischen Betrachtung“ der Selbstbestimmung des nicht freiverantwortlich Handelnden bedarf es jedoch nicht.

Dieses Ergebnis erweist sich auch mit Blick auf die einfachgesetzliche polizeirechtliche Generalklausel als überzeugend und stringent.⁴³⁰

Ausgangspunkt ist die Überlegung, dass es dem Staat in Anbetracht der staatlichen Aufgabe zur Sicherheitsgewährleistung *dem Grunde nach* möglich sein muss, zum Schutz des Einzelnen angemessen zu reagieren. Angesprochen ist damit in erster Linie das Problem von Schutzbefugnissen des Gesetzgebers. Wegen der Schwierigkeit, alle relevanten Fälle ex ante speziell und aus gefahrenabwehr- und sicherheitsrechtlicher Sicht rechtzeitig zu normieren, betrifft dies jedoch ebenso den Schutz von Individualrechtsgütern in bislang ersichtlich nicht speziell geregelten Gefahrenbereichen im Rahmen der notwendig weitläufigen Generalklausel (z.B. beim plötzlichen Aufkommen neuer gefährlicher Betäubungsmittel oder Trendsportarten). Letztere – die Generalklausel – bedarf hingegen von vorneherein auch einer klaren Konturierung, die Inhalt und Grenzen der Schutzbefugnisse erkennbar werden lässt und die Berechtigung zu staatlichem Schutzhandeln in Fällen der „reinen“ Selbstgefährdung auf nicht hinreichend einsichtsfähige Personen beschränkt. Eine entsprechende Grenzziehung kann hier überzeugend letztlich nur im Wege der Bestimmung des polizeilichen Schutzgutes anhand einer verfassungsrechtlichen Beurteilung der betroffenen Individualrechtsgüter erfolgen. Lädt man nämlich den einfachgesetzlichen Individualrechtsgüterchutz der Generalklausel mit den grundrechtlichen Schutzpflichten als Ausfluss der staatlichen Sicherheitsaufgabe auf, so ist die Voraussetzung der „Hilfsbedürftigkeit“ im beschriebenen Sinne von vorneherein immanente Grenze des Schutzverständnisses.

keit zur Selbstbestimmung häufig erheblich beeinträchtigt sein. In solchen Fällen ist dem Staat fürsorgereisches Eingreifen auch dort erlaubt, wo beim Gesunden Halt geboten ist.“

⁴³⁰ dazu unter **III.2.e)**..

b) Keine Ausnahmen in Form eines Schutzes gegen den beachtlichen Willen des freiverantwortlich und einsichtsfähig handelnden Selbstgefährders (Punkte III.3. bis III.5.)

Es sind hiervon eine Reihe von Ausnahmen in Erwägung zu ziehen bzw. gezogen worden, die auch ein Einschreiten gegen den freiverantwortlich bzw. einsichtsfähig handelnden Selbstgefährder zulassen. Dabei lassen sich zwei unterschiedliche dogmatische Herangehensweisen erkennen.

Ein Ansatz besteht in der Anknüpfung an Tatbestand bzw. Schutzbereich des Selbstbestimmungsrecht, das man im Falle der Gefährdung bestimmter Individualrechtsgüter bisweilen nicht für gegeben erachtet – namentlich ist hiermit nach z.T. vertretener Ansicht die Gefährdung des eigenen Lebens bzw. dessen Indisponibilität⁴³¹ gemeint. Letztlich ist auch damit wieder eine Schutzbereichs- bzw. Tatbestandsbegrenzung angesprochen – unabhängig davon, ob man ein Recht zur Selbstgefährdung in Art. 2 I GG oder einem spezielleren Grundrecht mit konkreterem Sachbezug verankern will⁴³².

Die andere Möglichkeit besteht in einer Anknüpfung an das entgegenstehende Individualrechtsgut auf Rechtfertigungsebene, dessen Schutz das Recht auf Selbstbestimmung im Einzelfall überwiegen soll. Entsprechend einzuordnen ist die teilweise vertretene Mobilmachung des Menschenwürdekerns bzw. Wesensgehalts der Grundrechte als „unabdingbare“ Schutzberechtigung bzw. -verpflichtung⁴³³ und (wohl) auch ein Einschreiten „im staatlichen Bereich“ unter Zuhilfenahme einer „Mitverantwortungsargumentation“⁴³⁴.

Was eine umfassende Schutzberechtigung unter Zugrundelegung des Menschenwürdekerns bzw. Wesensgehalts der Grundrechte anbelangt, so orientiert sich ein entsprechender Schutz bei der „reinen“ Selbstgefährdung – wo er auch zu Lasten des freiverantwortlich Handelnden möglich sein soll – weniger am freien Willen des Handelnden⁴³⁵ als wiederum an der „Wertig-

⁴³¹ dazu **III.3.**

⁴³² vgl. **III.1.**

⁴³³ dazu **III.4.**

⁴³⁴ dazu **III.5.**

⁴³⁵ in diesem Zusammenhang wären letztlich nur jene zu nennen, die der Auffassung sind, dass niemand seine eigene Menschenwürde verletzen könne, wenn er einsichtsfähig und freiverantwortlich handelt, vgl. dazu von Olshausen in NJW 1982, 2222 (2222); Stober in NJW 1984, 2499 (2500); Gampp/Hebeler in BayVBl 2004, S. 262

keit“ der betroffenen Individualrechtsgüter und erinnert deshalb an die „Ausnahmewertungen“ der „traditionellen Auffassung“⁴³⁶. Unabhängig davon nämlich, ob man einen absoluten oder relativ zu ermittelnden Gehalt der Menschenwürde zugrundelegen will, sind mit dieser Ansicht „Wertigkeitsüberlegungen“ sowohl bezüglich der Verletzung der Menschenwürde als auch ihres Überwiegens entscheidend.⁴³⁷ Wenn man nun ohne maßgebliche Berücksichtigung der individuellen Willens- und Einsichtsfähigkeit den Menschenwürdekern bzw. Wesensgehalt *aller* Grundrechte als Schutzberechtigung gegen eine sogar freiverantwortlich erfolgende Selbstbestimmung begreift, so relativieren diese Wertungen hinsichtlich des Gefährdungsgrades der im Einzelfall betroffenen Individualrechtsgüter und ihres „Wertes“ letztlich das gesamte System des Individualschutzes zugunsten einer Abwägung nach Grad der Gefährdung und „Wert“ des jeweils betroffenen Individualrechtsguts – ebenso wie dies in letzter Konsequenz auch als „Ausnahme“ im Rahmen der „traditionellen Auffassung“ geschieht⁴³⁸.

Gegen diesen Ansatz spricht nicht nur die Beobachtung, dass ein an die Menschenwürde angelehnter Schutz des Einzelnen vielfach eher einem Schutz von Allgemeinwohlinteressen entsprechen und damit keinen Fall der „reinen“ Selbstgefährdung mehr betreffen dürfte⁴³⁹, sondern auch die dem Staat im Grundsatz umfassend und nicht erst unter der Prämisse einer „hochgradigen wesens- bzw. menschenwürderelevanten“ Gefährdung überantwortete Aufgabe zur Sicherheitsgewährleistung⁴⁴⁰.

Ebensowenig wie der Schutz der Menschenwürde kann eine wie auch immer geartete Mitverantwortung im sogenannten „staatlichen Bereich“ eine systematische Ausnahme zum Grundsatz eines auf fehlender Willens- und

m.w.N.; OVG Hamburg in NVwZ 1985, 841; Huster in NJW 2000, 3477f.; ähnlich Eifert in Bahr/Heinig, Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, S. 328, unter der in der Folge kritisch beleuchteten Prämisse, dass es einen („reinen“) Schutz der individuellen Persönlichkeit durch die Menschenwürde überhaupt gibt.

⁴³⁶ vgl. hierzu bereits **I.3.b).aa).** und **III.2.b).**.

⁴³⁷ deutlich wird dies etwa, wenn auch im Rahmen der Sterbehilfefälle mit der Menschenwürde letztlich als „Wertungskriterium“ operiert wird: Rupprecht in JZ 1973, 263 (264) zum Beispiel ist der Auffassung, dass „gebotene“ Tötungshandlungen nur bei Hinzutreten unwürdiger Umstände, die insbesondere in der Tatausführung liegen könnten, gegen die Menschenwürdegarantie verstießen; ähnlich Donner/Simon in DÖV 1990, 907 (910).

⁴³⁸ vgl. **I.3.b).aa).** und **I.3.b).bb).(3).**.

⁴³⁹ dazu **III.4.** sowie **II.3.**.

⁴⁴⁰ dazu **I.3.b).bb).**.

Einsichtsfähigkeit beruhenden zulässigen Schutzhandelns bei der „reinen“ Selbstgefährdung begründen.

Zum einen ist – wie gesehen – der „staatliche Bereich“ als Begrifflichkeit zu unwägbare, als dass ihm eine klare Grenzziehung entnommen werden könnte. Allenfalls bliebe die Möglichkeit, die Formulierung als eine Art Risikoverteilung zwischen Bürger und Staat zu verstehen – freilich ohne hiermit einen tatsächlich weiterführenden Beitrag zu ihrer Konkretisierung zu liefern.

Zum anderen würden so selbst in der im Vergleich zu staatlichem Unterlassen engeren und nahe liegenden Fallgestaltung eines aktiven staatlichen Vorverhaltens die Maßstäbe des Grundgesetzes verschoben: Ein mitverantwortungsbegründendes Handeln des Staates würde die latente Möglichkeit sich anschließender weiterer Freiheitsbeeinträchtigungen bergen, deren Rechtfertigung nicht mehr primär in Sinn und Zweck der Maßnahme selbst zu suchen sein, sondern die sich im denkbaren Extremfall als naturgemäße und gegebenenfalls sogar rechtsgrundlagenunabhängige „Folgeerscheinungen“ eines vorangegangenen Staatsverhaltens erweisen würden. Eine Abkehr von derlei Überlegungen hat das Bundesverfassungsgericht⁴⁴¹ bereits im Jahre 1972 für die sogenannten „besonderen Gewaltverhältnisse“ als denkbar engster Beziehung des Bürgers zum Staat vorgenommen. Es hat klargestellt, dass die Rechtfertigungsbedürftigkeit einer grundrechtsrelevanten Maßnahme nicht mit einem „besonderen Näheverhältnis“ umgangen bzw. modifiziert werden kann.⁴⁴² Dies kann folgerichtig auch nicht mit einer eindeutig sinnverwandten „Mitverantwortungsargumentation“ geschehen, was erst recht für den unterhalb der Schwelle eines „besonderen Gewaltverhältnisses“ beginnenden und weithin unbestimmten „staatlichen Bereich“ gelten muss.

Zudem bestehen angesichts der bereits angesprochenen zunehmenden „Verrechtlichung“ des gesellschaftlichen Lebens unabwiesbare Bedenken, dass ein Grundsatz im Sinne eines „je mehr Mitverantwortung des Staates, desto mehr Befugnisse hat er auch“ letztlich auf ein „je mehr Staat, desto mehr

⁴⁴¹ Strafgefangenenentscheidung des BVerfGE 33, 1ff.; vgl. auch BVerfGE 41, 251 (259ff.) zum Schulausschluss; BVerfGE 58, 257 (264) zur Schulentlassung.

⁴⁴² BVerfGE 33, 1 (10f.): „... die traditionelle Ausgestaltung des Strafvollzugs als eines besonderen Gewaltverhältnisses [ließ es zu], die Grundrechte des Strafgefangenen in einer unerträglichen Unbestimmtheit zu relativieren. [...] Eine Einschränkung der Grundrechte des Strafgefangenen kommt nur in Betracht, wenn sie zur Erreichung eines von der Wertordnung des Grundgesetzes gedeckten [...] Zweckes unerlässlich ist.“

Staat“ hinauslaufen und damit eine Spirale in Gang setzen könnte, die das grundsätzlich umfassende Freiheitsverständnis des Grundgesetzes zu konkretisieren drohte.

Überdies lassen sich auch die „Sterbewilligenfälle im weitesten Sinne“ allein mit einer der Freiheitsausübung des nicht Einsichtsfähigen gegenläufigen „Pflicht zum Individualrechtsgüterschutz“ befriedigend lösen. Auch sie rechtfertigen kein Abweichen von der im Grundsatz zu favorisierenden dreigliedrigen grundrechtlichen Prüfungsstruktur im Wege eines eingriffsorientierten Anknüpfens an den Tatbestand der Selbstbestimmung.⁴⁴³

Diskutiert man in diesem Zusammenhang gar nicht erst die Disponibilität des Rechtsguts „Leben“, sondern lässt lediglich einen Individualrechtsgüterschutz zugunsten des nicht freiverantwortlich Handelnden möglich sein⁴⁴⁴, so wird man im Einzelfall auch bei der spontan und aus einer seelischen Zwangslage heraus versuchten Selbsttötung oder dem Verlangen nach einer Fremdtötung schnell eine Berechtigung zur „Hilfeleistung“ bejahen, dem hoffnungslosen Komapatienten mit einwandfreier Patientenverfügung hingegen nicht sein „Recht zu Sterben“ versagen wollen. Die Grenze des „willensorientierten“ Lebensschutzes wäre natürlich nach dem bereits oben Gesagten aus tatsächlichen Gründen auch wirklich erst unweit des letztgenannten Falls zu ziehen.

Die Polizei allerdings ist in den gängigen Fällen des Lebensschutzes ohnehin ganz regelmäßig zumindest zu Gefahrenforschungseingriffen berechtigt bzw. verpflichtet, sei es zu einem überwiegenden Individualrechtsgüterschutz oder aufgrund drohender Verletzung des wie aufgezeigt verfassungsmäßigen § 216 StGB.

c) Zusammenfassung

Festzuhalten bleibt abschließend, dass nach hier vertretener Auffassung grundrechtliche Schutzpflichten als „Herzstück staatlicher Sicherheitsgewährleistung“ zugunsten der entsprechenden Individualrechtsgüter selbst und nicht erst vermittelt eines „systematischen Umweges über den Sozial-

⁴⁴³ vgl. dazu bereits die Ausführungen unter **III.2.d).bb).**.

⁴⁴⁴ ähnlich Model/Müller, Art. 2 Rn. 22; ein Gesetzgebungsvorschlag findet sich bei Hoerster, Sterbehilfe im säkularen Staat, S. 167.

staatsgedanken“ eine Schutzberechtigung zur Bewältigung der „reinen“, nicht freiverantwortlichen Selbstgefährdung bereithalten – ebenso wie sie auch bei sonstigen Gefahrenquellen als Eingriffsrechtfertigung maßgebend sind. Als Verfassungsvorschriften geben sie dem Schutz der Person im Rahmen der polizeirechtlichen Generalklausel die entsprechenden und auch erforderlichen Konturen. Zu einem Einschreiten auch gegen den sich freiverantwortlich selbst Gefährdenden können und dürfen sie dabei allerdings nicht nutzbar gemacht werden. Maßgebliches Primärkriterium für die überhaupt erst einmal grundsätzlich bestehende Möglichkeit eines Einschreitens der Polizei zum Schutz des Einzelnen ist also dessen nicht freiverantwortliches bzw. nicht einsichtsfähiges Handeln. In der Folge stehen sich (zunächst einmal⁴⁴⁵) Selbstbestimmung des Einzelnen nach Maßgabe seines natürlichen Willens und staatliche Schutzinteressen in einer am Verhältnismäßigkeitsgebot orientierten Abwägung gegenüber.

Für einen dem Einsichtsfähigen gegen seinen Willen aufoktroierten Schutz ausschließlich zu eigenem Nutzen bleibt kein Raum.

Hiervon ist weder im Punkt der Menschenwürde oder des Wesensgehalts der Grundrechte, noch im „staatlichen Bereich“ und auch nicht zugunsten des Lebensschutzes systematisch eine Ausnahme zu machen. Im Gegenteil unterstreichen die in der Auseinandersetzung mit diesen Ansätzen gefundenen Gegenargumente die Notwendigkeit einer systematisch einheitlichen Behandlung aller Fallgestaltungen der „reinen“ Selbstgefährdung. Die damit zumeist verbundene Abkehr vom ansonsten in erster Linie gehandelten Gefährdungsgrad oder „Wert“ des betroffenen Individualrechtsguts und die Hinwendung zur Willens- und Einsichtsfähigkeit als zunächst einmal maßgeblichen Primärkriterium bei der „reinen“ Selbstgefährdung eines Individualrechtsguts erweisen sich vor dem Hintergrund einer nach „neuerem Verständnis“ umfassenden staatlichen Sicherheitsaufgabe als sachgerecht.

⁴⁴⁵ zur Vorgehensweise im Abwägungsprozess, siehe im **IV. Abschnitt**.

IV. Abschnitt:

Nicht freiverantwortlich erfolgende „reine“ Selbstgefährdung und ihre Behandlung durch den Staat – das Gebot der Verhältnismäßigkeit

1. Die „reine“ Selbstgefährdung nicht (hinreichend) einsichtsfähiger Personen – bisweilen eine einzelfallabhängige rechtliche Grenzsituation

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist bereits eingehend der Fragestellung nachgegangen worden, ob eine Einschränkung freiverantwortlich erfolgender Selbstgefährdung allein zum Schutz des Einzelnen *durch Rechtssatz* gangbar ist⁴⁴⁶ – mit dem oben beschriebenen, insgesamt überwiegend negativen und so auch hier gefundenen Ergebnis. Lediglich bei fehlender Freiverantwortlichkeit des Willens soll dies grundsätzlich möglich sein.

Damit ist das Problem hingegen noch nicht umfassend abgedeckt. Es ist noch nicht geklärt, ob umgekehrt der Staat dem Grunde nach auch stets einschreiten darf, wenn es an einem freien Willen fehlt bzw. ob dann schlechterdings ein Schutz des Einzelnen seine Freiheitsausübung zu überwiegen hätte. Diese Frage stellt sich einerseits für den Gesetzgeber. Sie stellt sich aber aus ordnungsrechtlicher Sicht gerade auch dann, wenn es keine spezielle Verbotsnorm gibt, die die Grenzen zulässiger „reiner“ Selbstgefährdung im konkreten Fall klar regelt, sondern ein Eingreifen allgemein auf die Generalklausel oder speziellere ordnungsrechtliche Gefahrentatbestände zu stützen wäre. Willensmängel können und dürfen sowohl in der einen als auch der anderen Konstellation schon nach allgemeinem Rechtsempfinden und -verständnis jedenfalls nicht ohne weiteres staatliches Schutzhandeln nach sich ziehen.

a) Verbreitete „akute“ Gefahrensituationen im Bereich der Gesellschaft und des Sports

Vor allem im Bereich einer Reihe präsender Sportarten und gesellschaftlicher Ereignisse sind vielfältige Fallgestaltungen denkbar, in denen eine mitunter ganz erhebliche Gefährdung von Leib und sogar Leben eingegangen

⁴⁴⁶ vgl. dazu vor allem Littwin, Grundrechtsschutz gegen sich selbst, Frankfurt am Main u.a. 1993; Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, München 1992; Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, Frankfurt am Main u.a. 1997.

wird, ohne stets von einer freiverantwortlichen, risikobewussten Willensentscheidung getragen zu sein.

Zu denken wäre etwa an die Kinderartisten bekannter Zirkusunternehmen, die ihr Leben mit de lege artis ausgeführten, akrobatischen Kunststücken riskieren, ohne altersbedingt stets die Tragweite ihres Handelns und dessen mögliche Folgewirkungen überblicken zu können. Ferner lebt der Schautanzsport wie etwa das „Cheerleading“ geradezu davon, möglichst junge und daher sowohl leichtgewichtige als auch gelenkige Tänzer und Tänzerinnen in gefährlichen Sprungdarbietungen und Hebefiguren einzusetzen – etwa als Dach einer sogenannten „menschlichen Pyramide“.⁴⁴⁷ Nichts anderes gilt beispielsweise für vielerorts übliche Tanzvorführungen zur Fastnachtzeit, die sogar vielfach unter enthemmendem Alkoholeinfluss ausgeübt werden. Selbst wenn es den teilnehmenden Jugendlichen und Kindern oder dem alkoholisierten Erwachsenen gelingen sollte, das Risiko abzuschätzen, so mag in der Tat zu bezweifeln sein, ob im Einzelfall auch die ausreichende Willensfähigkeit besteht, eine entsprechende Entscheidung gegen die Teilnahme trotz der Drucksituation im Vorfeld eines Auftritts zu verfolgen. Jeweils handelt es sich regelmäßig zumindest um eine Grenzsituation des freiverantwortlichen jedoch vielfach gleichwohl zu tolerierenden menschlichen Verhaltens.

Zu denken wäre auch an das Voltigieren auf dem Rücken eines galoppierenden Pferdes oder das Kartfahren bzw. ganz allgemein an den Motor- oder Reitsport für Jugendliche und sogar Kinder, der trotz aller Sicherheitsmaßnahmen – der Staat hat im Sport die Ausübungsregelungen weitgehend den jeweiligen Sportverbänden überlassen⁴⁴⁸ – stets ein ganz erhebliches konkretes Restrisiko birgt. Hinreichende Einsichtsfähigkeit der Teilnehmer wird hier vielfach schon in Bezug auf das komplizierte Reglement, in jedem Fall

⁴⁴⁷ nach den Gegebenheiten des Einzelfalls wäre in Anbetracht der bereits oben im **II. Abschnitt** gemachten Ausführungen allerdings zu hinterfragen, ob es sich beim Einsatz im Rahmen der Tanzvorführung terminologisch noch um eine „reine“ Selbstgefährdung oder deshalb um eine bereits normativ relevante Fremdgefährdung durch andere handelt, weil der (tatherrschaftliche) Umgang der übrigen Beteiligten mit der Person als vorrangig gefahrenursächlich auszumachen ist; vgl. dazu bereits **II.1.** und **II.4.**; fungiert ein Kind beispielsweise als „Dach einer menschlichen Pyramide“ und ist deshalb gehalten zuletzt und in objektiv eigenständiger Ausführung seine Position an der Spitze zu erreichen, könnte allerdings wahrscheinlich von einer „reinen“ Selbstgefährdung gesprochen werden; vgl. zur strafrechtlichen Parallelproblematik Christmann in Jura 2002, S. 680f..

⁴⁴⁸ Littwin, S. 7.

aber hinsichtlich des mit der Ausübung verbundenen Risikos fehlen. Gleichmaßen ist das Verhalten Schlitten, Ski, „Autoscooter“ oder in der sogenannten „Half-pipe“ „Skateboard“ bzw. „Rollerblades“ fahrender und sich damit bisweilen erheblich selbst gefährdender Kinder, Betrunkener oder Geisteskranker nicht schon per se aufgrund des Alters der Person oder ihrer geistigen Verfassung gefahrenabwehrrechtlich relevant. In der Natur spielenden Kindern bzw. geistig Zurückgebliebenen oder auch zeltenden Betrunkenen dürfte ihre Tätigkeit kaum mit dem Argument einer im Sommer stets vorhandenen Infektionsgefahr infolge Zeckenbisses untersagt werden können. Im Grundsatz ähnlich unberücksichtigt bleibt der exzessive Gebrauch eines „Discman oder MP3-Players“ durch Jugendliche und Kinder – trotz eines möglichen Schalldrucks von bis zu 120 Dezibel und damit verbundener, bleibender Gehörschäden bereits bei kurzzeitigem Gebrauch.

Auch der Erwachsenensport soll nicht ungenannt bleiben. So ist beispielsweise der kurz vor der völligen körperlichen Erschöpfung stehende Radrennfahrer mitunter nicht mehr ganz Herr seiner Sinne. Nimmt er trotzdem die nächste Abfahrt und befindet sich in der Folge aufgrund verminderter Reaktionsfähigkeit und physisch bedingter Unachtsamkeit in der Gefahr eines Unfalls, so ist es nicht von vorneherein Aufgabe des Staates, ihn an der Weiterfahrt zu hindern, sondern zunächst einmal diejenige der Rennleitung.⁴⁴⁹ Ähnlich verhält es sich auch im privaten Urlaubssport. So ist es dem Skiläufer oder Wellenreiter selbst aufgegeben, die Piste bzw. den entsprechenden Küstenabschnitt nach subjektiver Einschätzung seiner eigenen Fähigkeiten zu wählen. Hierbei kann es bisweilen vorkommen, dass eine vielleicht sogar unbekannte Strecke oder ein solches Gebiet unter Alkoholeinfluss befahren, die Gefahr eines „verstauchten Knöchels“ dabei nicht gesehen oder nicht richtig eingeschätzt und damit nicht freiverantwortlich eingegangen wird. Dennoch wird man hier ebenfalls nicht ohne weiteres eine staatliche bzw. polizeiliche Befugnis zum Einschreiten annehmen können.

⁴⁴⁹ die Polizei wird vielfach gar nicht am Austragungsort anwesend sein, sondern allein auf die sportlichen Sicherungsmechanismen vertrauen (dürfen).

b) „Rein“ selbstgefährdende Verhaltensweisen aufgrund permanenter Betätigung

Ebenfalls zu nennen sind die im Zusammenhang mit Selbstgefährdung zu-meist diskutierten Standardfragen des gesellschaftlichen „Rauchens oder Trinkens“ oder beispielsweise des suchtbedingten „Medikamenten-mißbrauchs“⁴⁵⁰ – zweifellos nehmen derartige Situationen im gesellschaftli-chen Leben einen erheblichen Raum ein.

So wird kaum jemals etwa ein Ordnungshüter einen Betrunkenen und infol-gedessen nicht mehr Einsichtsfähigen am Anzünden einer Zigarette⁴⁵¹ oder auch nur an einer weiteren Getränkebestellung hindern, obwohl man um die mit Tabak- bzw. übermäßigem Alkoholkonsum⁴⁵² verbundenen Gesund-heitsgefahren weiß. Ebenso muss der Raucher, wenn bzw. obwohl er nach eigenem Bekunden beständig „aufhören will“, derzeit mit seiner ihn an der freiverantwortlichen Entscheidung hindernden Sucht allein fertig werden.

Denkbar sind jedoch auch andere schädliche Verhaltensweisen, die aus in-nerem Zwang heraus ausgeübt werden. So ist aus sportmedizinischer Sicht aktuell auf die Gefahren der sogenannten „Sportsucht“ hingewiesen worden, bei der dem Betroffenen jegliches Gespür für ein gesundes Maß an Bewe-gung abhanden kommt.⁴⁵³ Polizeiliches Einschreiten gegen trainingsbeses-sene Sportler erscheint dabei hingegen nur schwer vorstellbar. Auch der pa-thologisch Spielsüchtige und daher nicht mehr freiverantwortlich Handelnde darf jedenfalls ohne weiteres wohl kaum auf einen nicht gewollten „Schutz vor sich selbst“ hoffen. Hierbei ist der Begriff „Spielsucht“⁴⁵⁴ freilich nicht auf das herkömmliche Lotterie- oder Glücksspiel beschränkt, sondern kann sich gleichermaßen beispielsweise auf PC- oder Rollenspiele erstrecken.

Auch hieran zeigt sich letztlich, dass nicht die fehlende Freiverantwortlich-keit des Handelns den alleinigen Ausschlag für ein staatliches Einschreiten geben kann.

⁴⁵⁰ zur gesellschaftlichen Bedeutung etwa Littwin, S. 5ff..

⁴⁵¹ zu Gefahren und Ausmaß des Tabakkonsums vgl. die Zusammenstellung von Litt-win, S. 5.

⁴⁵² zu Gefahren und Ausmaß des Alkoholkonsums vgl. die Zusammenstellung von Littwin, S. 6.

⁴⁵³ dazu Gerlach in SportInForm Juli/2008, S. 8.

⁴⁵⁴ vgl. hierzu „Raus aus der Parallelwelt“ – Bericht zur LSB Diskussionsrunde zum Thema „Spielsucht“ in Mainz, in SportInForm Juli/2008, S. 6f..

c) Zusätzliche Aspekte im Zusammenhang mit dauerhaft an der Einsichtsfähigkeit gehinderten Personen – abschließende Fragestellung

Über die genannten Fallbeispiele eines meist vorübergehenden Zustands fehlender Willensfreiheit hinaus ist jedoch auch – dies sei bereits hier zusätzlich herausgestellt – die Frage nach einer bestmöglichen Behandlung und Integration dauerhaft Geisteskranker, geistig Behinderter oder an Demenz erkrankter älterer Personen⁴⁵⁵ durch die Solidargemeinschaft angesprochen.

Was in diesem Zusammenhang die Feststellung von Grad und Vorhandensein eines Willensmangels anbelangt, so besteht umsomehr eine klare Abhängigkeit vom aktuellen medizinischen Kenntnisstand – mit dem kaum vermeidbaren Nachteil bisweilen wechselnder fachlicher Einschätzungen und Behandlungsmethoden. Demgegenüber bildet der Auftrag an den Staat zu im Grundsatz umfassender Freiheits- und Sicherheitsgewährung eine rechtliche Konstante. Auch die hierbei dennoch drohende Möglichkeit schwankender Ergebnisse fördert Bedenken gegen die Annahme, die Willensfreiheit als alleinigen rechtlichen Beurteilungsmaßstab zu führen.

Es stellt sich daher abschließend über die im **III. Abschnitt** angestellten Erwägungen hinaus auch noch die Frage, warum nicht zum einen fehlende Freiverantwortlichkeit des Handelns ein schutzorientiertes Eingreifen des Staates in „reinen“ Selbstgefährdungsfällen generell möglich macht und wann zum anderen aus dieser Überlegung heraus ein Einschreiten trotz nicht freiverantwortlichen Handelns zu versagen wäre. Die hierbei anzulegenden Maßstäbe gilt es in der Folge zu finden und soweit wie möglich zu präzisieren.

Im Anschluss soll dann im **V. und VI. Abschnitt** versucht werden, die sich hieraus ergebenden Konsequenzen für das Polizeirecht und seine Grenzen im Vergleich zu den Kompetenzen des Gesetzgebers aufzuzeigen.

⁴⁵⁵ zur Einsichtsfähigkeit psychisch kranker und alter Menschen, vgl. Kuhlmann, S. 70ff..

2. Überlegungen zur Beschränkbarkeit nicht freiverantwortlichen, „rein“ selbstgefährdenden Handelns durch den Staat

Die oben aufgezeigten, gleichermaßen alltäglichen wie (polizeirechtlich) im Grunde weitgehend unbedenklichen Ausprägungen menschlicher Verhaltensweisen zeigen, dass ein freier Wille zwar entscheidendes Kriterium gegen, sein Fehlen aber nicht alleiniger Maßstab für die Zulässigkeit eines Schutzes zugunsten des Einzelnen bei der „reinen“ Selbstgefährdung sein kann. Bedenkt man, dass letztlich wohl einem jeden menschlichen Verhalten eine gewisse „Gefahrentendenz“ innewohnt⁴⁵⁶, so kann und darf es ein „Diktat der Willensfreiheit“ im Sinne einer ständigen Pflicht zur Einsichtsfähigkeit nicht geben. Andernfalls käme man faktisch über die Voraussetzungen der Einwilligung und des freien Willens letztlich zu einer paternalistischen Überformung der individuellen Selbstbestimmung⁴⁵⁷.

Deshalb stellt sich die Frage nach den Maßstäben, die staatlicherseits im Falle nicht freiverantwortlich erfolgender „reiner“ Selbstgefährdung beim Schutz des Einzelnen anzulegen sind. Betroffen ist davon zum einen der Gesetzgeber bei der Schaffung abstrakt-genereller Rechtsnormen. Bestehen solche speziellen Regelungen (etwa die Gurt- und Helmpflicht im Straßenverkehr⁴⁵⁸ oder das Verbot des Cannabis-Rauchens⁴⁵⁹) allerdings nicht, muss auch die Polizei die Situation im Rahmen der Generalklausel umfassend rechtlich beurteilen.

⁴⁵⁶ dazu Hurst, S. 61f. und 76.

⁴⁵⁷ mit dieser Formulierung Eifert in Bahr/Heinig, Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, S. 329, im Zusammenhang mit der Einwilligung eines Fernsehkandidaten in eine seine gewählte Selbstinszenierung erschütternde Behandlung; ähnlich vor gleichem Hintergrund auch Fink in AfP 2001, S. 192f..

⁴⁵⁸ dazu BVerfGE 59, 275ff. – freilich wird hier auch mit Erwägungen zu einer Fremdgefährdung argumentiert.

⁴⁵⁹ dazu BVerfGE 90, 145ff.; das Bundesverfassungsgericht ist der Ansicht, dass Verhaltensweisen, die ausschließlich den gelegentlichen Eigenverbrauch geringer Mengen von Cannabisprodukten vorbereiten, nicht mit einer Fremdgefährdung verbunden sind (vgl. dritter Leitsatz) – gleichwohl sind und bleiben sie im Grundsatz straffbewährt.

a) Das Verhältnismäßigkeitsgebot – insbesondere das „Gewicht“ der individuellen Selbstbestimmung des nicht Einsichtsfähigen und das Gefahrenpotential von Handlungen für einzelne (polizeiliche) Schutz- bzw. Individualrechtsgüter

aa) Allgemeine Ausführungen

Im Ausgangspunkt stehen sich bei den nunmehr in Rede stehenden Fallgestaltungen einer nicht freiverantwortlich erfolgenden „reinen“ Selbstgefährdung und einer daher im Grundsatz bestehenden Schutzaufgabe des Staates das Selbstbestimmungsrecht⁴⁶⁰ des Einzelnen und die staatlichen Schutzpflichten zugunsten der Individualrechtsgüter „Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre und Vermögen“⁴⁶¹ gegenüber. Es gilt im Einzelfall – ebenso wie vergleichsweise auch bei der Fremdgefährdung durch Dritte⁴⁶² – zwischen der abwehrrechtlich garantierten Freiheitsausübung des Einzelnen und dem staatlichen Schutz als kontroversen Abwägungsgesichtspunkten einen strikt am Verhältnismäßigkeitsgebot orientierten Ausgleich zu finden.⁴⁶³ Dies betrifft einerseits die Frage, ob der Staat überhaupt einschreiten darf, und andererseits, wie er es in diesem Falle darf.

Das Gewicht der Selbstbestimmung des nicht einsichtsfähig handelnden Einzelnen kann dabei als Abwägungsgesichtspunkt von vorneherein freilich nicht abstrakt bzw. losgelöst von der konkreten Situation beurteilt werden.⁴⁶⁴ Es muss vielmehr in Rechnung gestellt werden, dass tatsächlich die Möglichkeit zu einer das Risiko einbeziehenden Entscheidung nicht besteht. Dies bedeutet umgekehrt jedoch nicht, dass das Gewicht der Selbstbestimmung hier eine bloße Konstante bildet, sobald die fehlende Einsichtsfähigkeit in der konkreten Situation festgestellt ist. Es muss vielmehr nach den Gegebenheiten des Einzelfalls geurteilt werden – zum Maßstab unter **IV.2.cc).**

⁴⁶⁰ zu den im Einzelfall möglicherweise einschlägigen Abwehrrechten vgl. **III.1.**; in der Folge wird zumeist weiter von „Selbstbestimmung“ gesprochen werden.

⁴⁶¹ vgl. dazu **I.3.b).bb).(4).**

⁴⁶² vgl. hierzu **I.3.b).bb).(3).**

⁴⁶³ vgl. BVerfGE 58, 208 (224, 226), sowie einige der unter **III.2.a).** dargestellten Formulierungsbeispiele; vgl. auch Hillgruber, S. 121, dessen Einschätzung unter **I-II.2.d).** näher untersucht worden ist.

⁴⁶⁴ vgl. BVerfGE 58, 208 (225); sowie bereits unter **III.6.a).**

Demgegenüber wird der Umfang des im Verhalten begründeten Gefahrenpotentials für das Individualrechtsgut vielfach den Ausschlag zu Gunsten eines am Gebot der Verhältnismäßigkeit orientierten Schutzes geben. Freilich hängt letzterer in der konkreten Situation auch zum einen vom gefährdeten Gut und zum anderen vom hierfür drohenden Schadensausmaß ab. Hier schlagen also in der Tat auch „Wertigkeitsüberlegungen“ in Bezug auf Art des betroffenen Individualrechtsguts und den Grad seiner Gefährdung zu Buche. Obwohl solches im Zusammenhang mit Selbstgefährdungsfällen an die Formulierungen der sogenannten „traditionellen Auffassung“ und ihr Verständnis eines „öffentlichen Interesses“ erinnert⁴⁶⁵, ergibt sich dadurch kein Widerspruch zu den eingangs gefundenen Ergebnissen und einer wie hier verstandenen, im Grunde umfassenden staatlichen Sicherheitsaufgabe. Schließlich bleibt es dabei, dass in erster Linie die fehlende Freiverantwortlichkeit des Handelns die Grundvoraussetzung für ein überhaupt denkbares polizeiliches Einschreiten darstellt und nur bei deren Vorliegen eine Abwägung nach Maßgabe einer Verhältnismäßigkeitsprüfung Eingang in den endgültigen Entscheidungsprozess findet. Erst beim kumulativen Vorhandensein fehlender Willensfreiheit oder Einsichtsfähigkeit und einem hinreichend überwiegenden „Gefahrenausmaß“ ist hiernach ein Vorgehen zulässig und erst im Rahmen der Verhältnismäßigkeit eines Schutzes und nicht bereits zum Zwecke der Begründung eines „öffentlichen Interesses“ kommen Überlegungen in Bezug auf Art des Individualrechtsguts und das Ausmaß seiner Gefährdung zum Tragen.

Unter Zugrundelegung des Verhältnismäßigkeitsgebots gilt es also im Einzelfall die möglichen Befugnisse des Staates ausfindig zu machen – insbesondere also auch jene der Polizei. Dabei ist die Frage zu klären, ob im Wege der Untersagung – und gegebenenfalls ihrer Durchsetzung – eine Hinderung des selbstgefährdenden Verhaltens verhältnismäßig erfolgen darf und wie dies verhältnismäßig zu geschehen hätte.

Solches bedeutet namentlich gerade nicht, dass notwendig ein kategorisches Verbot des gefährlichen Tuns als andauernder Eingriff in das „Recht auf Risiko“ ergehen müsste. Insbesondere wenn (lediglich) die Lebensverhältnisse

⁴⁶⁵ vgl. dazu **I.b).aa).**.

unübersichtlich sind und deswegen die objektiven Voraussetzungen verantwortlicher Entscheidung nicht vorliegen, wird der Schutz der Person verhältnismäßig vielmehr nur auf Warnung und Aufklärung und damit auf die Behebung des Willensmangels oder aber auf die Beseitigung der Gefahrenquelle abzielen (können).⁴⁶⁶ Eine tatsächliche Hinderung an der „reinen“ Selbstgefährdung ist damit von vorneherein in vielen praktischen Fällen allenfalls solange verhältnismäßig möglich, bis die Polizei hinreichend über das Risiko des Verhaltens aufgeklärt und so eine freiverantwortliche Entscheidung ermöglicht hat.

bb) Überlegungen zu „reinen“ Selbstgefährdungen einzelner Schutzgüter – zugleich eine Konkretisierung des Schutzpflichtgedankens in Anbetracht „reiner“, nicht freiverantwortlicher Selbstgefährdung

Was das Gefahrenpotential für ein zu schützendes Individualrechtsgut konkret anbelangt, so wird bei einer tatsächlichen Gefährdung des Lebens nach dem bereits Gesagten⁴⁶⁷ jedenfalls für die Polizei im Eilfall stets von der Verhältnismäßigkeit eines Schutzhandelns ausgegangen werden können. Ein verhältnismäßiges Einschreiten wird vielfach auch in Anbetracht einer hinreichend erheblichen Gefahr⁴⁶⁸ für sonstige absolut geschützte Güter wie die Gesundheit, das Vermögen oder die körperliche Bewegungsfreiheit⁴⁶⁹ zulässig sein – etwa zur Verhinderung von Selbstverletzungen oder –fesselungen oder in Anbetracht der (physischen) Vernichtung eigener Geldwertzeichen durch den nicht Einsichtsfähigen. Sogar ein Schutz der Ehre des nicht einsichtsfähigen Menschen vor „reiner“ Selbstgefährdung mag in wenigen Einzelfällen angemessen bzw. eine entsprechende Gefährdung vorstellbar sein. Dies könnte sich etwa dann als gegeben erweisen, wenn eine ersichtlich im Zustand geistiger Verwirrtheit befindliche Person, aus welchen Motiven und in welcher Form auch immer ehrenrührige und wahrheitswidrige Tatsachen in Bezug auf sich selbst über das Internet verbreitet und dadurch ein erhebliches, auch durch späteren Widerruf kaum mehr begrenzbares Gefahrenpotential heraufbeschwört: „Das Netz vergisst nie!“.

⁴⁶⁶ vgl. Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, S. 222.

⁴⁶⁷ vgl. III.3..

⁴⁶⁸ zur Bedeutung des Gefahrenbegriffs für Präzisierung und Rechtfertigung der Generalklausel als denkbar allgemeinem Eingriffstatbestand vgl. Möstl, S. 427.

⁴⁶⁹ zur hier vertretenen „engen“ Auslegung der Freiheit der Person vgl. unter III.1.d)..

Auch die Würde des Menschen kann jedenfalls dem Grunde nach durch ihren nicht einsichtsfähig handelnden Träger selbst gefährdet werden, wenn gleich in den tatsächlich schutzrelevanten Fallgestaltungen ganz regelmäßig mit ihr als einem öffentlichen Gut des sozialen Umgangs argumentiert wird und eine „reine“ Selbstgefährdung daher eher theoretischer Natur ist.⁴⁷⁰

Ein schutzorientierter Eingriff wird demgegenüber allerdings kaum jemals (verhältnismäßig) möglich sein, wenn sich die Frage nach der „reinen“ Selbstgefährdung einer typischen handlungsbezogenen Freiheit bzw. des aus ihr zu entnehmenden freiheitlichen Schutzgutes stellt. Hier sind letztlich Situationen einer tatsächlich „reinen“ Selbstgefährdung der entsprechenden grundrechtlich verfassten Handlungsfreiheiten bzw. ein für diese bestehendes, einen Eingriff rechtfertigendes Gefahrenpotential schwerlich vorstellbar.

Zum einen ist nicht auszuschließen, dass die Ausübung spezieller Handlungsfreiheiten wie der Meinungs- oder der Glaubens- und Gewissensfreiheit abhängig von der jeweiligen Situation ein hinreichendes Maß an Einsichtsfähigkeit voraussetzt – dies wurde oben im Punkt **III.2.d).bb).** letztlich offen gelassen. Wenn dem so wäre, müsste in der Tat gefragt werden, inwieweit jedenfalls Verhaltensweisen eines dauerhaft nicht Einsichtsfähigen – etwa eines geistig Behinderten – überhaupt eine Gefahr für solche Freiheiten auslösen können. Schließlich bestünden sie für ihn in der konkreten Situation von vorneherein nicht, da das Verhalten (abwehrrechtlich lediglich) von der Allgemeinen Handlungsfreiheit getragen werden könnte. Denkbar und verhältnismäßig beschränkbar wären allenfalls Situationen, in denen einem vorübergehend nicht Einsichtsfähigen durch sein Verhalten körperliche Schäden drohen, die seine Einsichtsfähigkeit und damit seinen Freiraum zur freiheitlichen Entscheidung für die Zukunft von Dauer beeinträchtigen würden. Ein Betrunkener etwa, der sich schwere Kopfverletzungen zuzieht, könnte infolge einer bleibenden Behinderung seiner schützenswerten Einsichtsfähigkeit zur Freiheitsausübung auf lange Sicht beraubt sein. Allerdings ist in diesen Situationen eine Einbuße an Freiheit lediglich die Folgeerscheinung einer zuvor eingetretenen Verletzung der Gesundheit. Der

⁴⁷⁰ ausführlich dazu unter **III.4.**

Schutz der körperlichen Unversehrtheit stellt hier den eigentlichen und vorrangigen Schutzzweck dar, hinter dem ein möglicher Schutz individueller Freiheitsräume zurückzutreten hätte.

Selbst wenn man diesem Ansatz zum anderen aufgrund begründeter Zweifel⁴⁷¹ nicht folgen und auch spezielle Freiheitsrechte wohl in ihrem „Gewicht“, nicht jedoch in ihrem Bestehen von einer hinreichenden Einsichtsfähigkeit abhängig machen will, sind schwerlich Möglichkeiten denkbar, eine Ausübung von Freiheit allein und ausschließlich mit ihrem Schutz (verhältnismäßig) einzuschränken. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass Verhaltensgarantien wie etwa die Meinungsfreiheit⁴⁷², die Berufsfreiheit⁴⁷³, die Glaubens- und Gewissensfreiheit⁴⁷⁴ aber auch das (auf freiem und gleichberechtigten Entschluss gegründete) Zusammensein mit dem Ehepartner⁴⁷⁵ gerade die freie Entscheidung bezüglich des Umgangs mit der Freiheit in positiver wie negativer Hinsicht gewährleisten. Diese freie Entscheidung aber aktualisiert sich in der Freiheitsausübung durch den Grundrechtsträger bzw. in seinem Verhalten beständig neu. Man kann also in ihr nicht gleichermaßen grundrechtliche Garantie und in einem entsprechend selbstbestimmten Verhalten zugleich eine Gefährdung dieser Garantie sehen. Schutzgegenstand der grundrechtlichen Schutzpflicht ist schließlich der Erhalt des Freiheitsraums zur eigenen Entscheidung, dessen freiheitliche Wahrnehmung denknotwendig keine Gefährdung eben seiner selbst darstellen kann, wenn er gerade im Verhalten – jederzeit umkehrbar – seinen Ausdruck findet. In einem entsprechenden Verhalten als Wahrnehmung von Freiheit ist nämlich eine Gefährdung der Entscheidungsmöglichkeit gerade nicht gegeben. Letztere kann bei handlungsbezogenen Freiheiten wohl durch Dritte, kaum jedoch durch den entscheidenden Rechtsinhaber selbst erfolgen. Ein Eingriff allein und ausschließlich zum Schutz der Freiheiten wäre angesichts mangelnden Gefährdungspotentials jedenfalls nicht verhältnismäßig, zumal der Umgang mit ihr ohnehin zumeist sehr weit in den Bereich der persönlichen Lebensgestaltung hineinreicht.

⁴⁷¹ vgl. hierzu **III.2.d.bb).**.

⁴⁷² ausdrücklich etwa BVerfGE 65, 1 (40).

⁴⁷³ vgl. etwa BVerfGE 7, 377 (401); 17, 269 (276).

⁴⁷⁴ vgl. etwa BVerfGE 12, 1 (3); 32, 98 (106).

⁴⁷⁵ BVerfG in NJW 2002, 2543 (2543ff.) – LebenspartnerschaftsG.

Selbst ein Betrunkener oder Geisteskranker, der in der konkreten Situation nicht weiß, was er sagt oder nicht sagt bzw. tut oder nicht tut, beschwört dadurch keine tatsächliche Gefahr für seinen Freiraum zur freien Meinungsäußerung herauf. Äußert oder informiert er sich zu einem Thema nicht, übt er seine grundrechtlich verbürgte Freiheit ebenso aus, wie wenn er es täte. Mag eine Handlung oder ein Verhalten hier auf den ersten Blick bisweilen auch den Anschein einer „Selbstbeschränkung der Freiheit“ aufweisen, so bedeutet dies hingegen nichts anderes als die natürliche Kehrseite eben derselben freiheitlichen Selbstbestimmung. Dies hat deshalb auch nicht zur Folge, dass die Person etwa an entsprechenden Verhaltensweisen gehindert oder zu anderen angehalten werden könnte. Ein Schutzhandeln kann immer nur den *Erhalt des individuellen Freiraums generell* im Auge und zum Ziel haben, nicht aber einzelne Handlungen oder Entscheidungen. Der Freiraum insgesamt kann dementsprechend auch kaum jemals durch den Freiheit in Anspruch nehmenden Grundrechtsträger selbst, sondern nur durch Dritte gefährdet werden.

Es mögen Überlegungen im Zusammenhang mit dem Schutz eben solcher Handlungsfreiheiten eine Rolle gespielt haben, wenn pauschal mit dem Hinweis Kritik an einer Nutzbarmachung grundrechtlicher Schutzpflichten geübt wurde, dass man die Schutzdimension der Grundrechte nicht von ihrem abwehrrechtlichen Gehalt lösen und zu einer hiervon isolierten Pflichtenbindung umfunktionieren könne, da die Grundrechte dem Einzelnen dann das nehmen würden, was sie ihm eigentlich gewährleisten sollen.⁴⁷⁶ In Bezug auf typische Handlungs- und Entscheidungsfreiheiten ist das damit gefundene Ergebnis durchaus nachvollziehbar – auch bei nicht einsichtsfähigem selbstgefährdenden Handeln. Ebenso wie die übrigen grundrechtlich verfassten Schutzgegenstände sind jedoch auch die Freiheiten zur eigenen, individuellen Entscheidung und entsprechenden Handlung dem Grunde nach schützenswert. Der Unterschied und Grund, warum zu ihren Gunsten ein Eingriff bei der „reinen“ Selbstgefährdung nicht (verhältnismäßig) vorstellbar erscheint, besteht nicht in einer mit der Schutzdimension der Grundrechte verbundenen, vermeintlichen Gefahr der Ausweitung freiheitsbedrohender Eingriffstatbestände. Die Ursache ist vielmehr in praktischer Hinsicht

⁴⁷⁶ so etwa Hillgruber, S. 148; Littwin, S. 241; Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 281.

darin zu erblicken, dass ein schützenswerter Raum zur individuellen, freiheitlichen Gestaltung im Sinne einer Handlungsgarantie denknotwendig vom Rechtsträger selbst als dem Inhaber von Freiheit nicht wahrhaftig gefährdet werden kann, wenn er hiervon Gebrauch macht oder solange ihm auch nur die Möglichkeit hierzu erhalten bleibt. Schutzgegenstand ist schließlich der individuelle Freiraum an sich. Dass in diesem Bereich eine „reine“ Selbstgefährdung nach obigem Verständnis somit nicht vorstellbar erscheint, rechtfertigt jedoch keinen Rückschluss auf die Notwendigkeit der Beschränkung grundrechtlicher Schutzpflichten und ihrer Nutzbarmachung allgemein. Diese bestehen im Falle des Vorliegens einer Gefahr unabhängig von der Art der Gefahrenquelle.⁴⁷⁷

cc) Das „soziale Gewicht“ der selbstgefährdenden Handlung als Differenzierungskriterium beim verhältnismäßigen Interessenausgleich

(1) Das „soziale Gewicht“ der selbstgefährdenden Handlung als Charakteristikum für das Gewicht der individuellen Selbstbestimmung des nicht Einsichtsfähigen

Das alleinige Abstellen auf die Verhältnismäßigkeit eines Ausgleichs zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des nicht einsichtsfähigen Einzelnen und dem Gefahrenpotential für seine Individualrechtsgüter birgt allerdings den Nachteil, dass der Faktor „Selbstbestimmung“ als solcher in diesem Zusammenhang schwer klassifizierbar erscheint. Dies schürt Bedenken, da von der Verhältnismäßigkeit in diesem Sinne Zulässigkeit und Art eines Einschreitens maßgeblich abhängen. Ist erst einmal die mangelnde Einsichtsfähigkeit in der konkreten Situation klargestellt, kann die Selbstbestimmung des Einzelnen keine abstrakte und situationsunabhängige Konstante bilden, deren zulässige oder unzulässige Beschränkbarkeit einzig vom Ausmaß der drohenden Gefahr abhinge, zumal letztlich wohl annähernd einem jeden menschlichen Verhalten in gewisser Weise eine „Gefahrentendenz“ innewohnt⁴⁷⁸. Es gilt vielmehr zu ergründen, inwieweit auch dem willensgetragenen Verhalten des nicht einsichtsfähigen Handelnden in der Abwägung ein variables Gewicht zukommen kann und muss.

⁴⁷⁷ siehe bereits unter **III.2.** und **III.6.**

⁴⁷⁸ dazu Hurst, S. 61f. und 76.

So bestehen durchaus Zweifel, allein und ausschließlich die Wertigkeit der betroffenen Individualrechtsgüter oder den Grad ihrer Gefährdung im Einzelfall heranzuziehen. Beides mag beim Schutz nicht Einsichtsfähiger Anlass besonderer ordnungsbehördlicher Aufmerksamkeit sein, nicht aber ein letztverbindliches Entscheidungskriterium. Andernfalls wäre etwa das Gefährdungspotenzial der konkreten Sportart allein ausschlaggebend. Freizeitaktivitäten für nicht hinreichend einsichtsfähige Personen könnten dann im Einzelfall ohne Ansehung der individuellen Situation wohl bisweilen allzu einfach zu beschränken sein – oder auch nur alltägliches Verhalten wie das „Nachlaufen“ als Spiel unter Grundschulern auf dem Schulweg und das Sturzgefahr begründende Treppensteigen vermeintlich „renitenter“ Senioren.

Auch das Bundesverfassungsgericht⁴⁷⁹ hat im Zusammenhang mit einem Schutz psychisch Kranker darauf hingewiesen, dass zwar das Gewicht, das dem Freiheitsanspruch zukommt, nicht losgelöst von den tatsächlichen Möglichkeiten des Fürsorgebedürftigen bestimmt werden könne, sich frei zu entschließen, da die Fähigkeit hierzu bei psychischen Erkrankungen häufig erheblich beeinträchtigt sein wird; dennoch müsse schon mit Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch dem psychisch Kranken in gewissen Grenzen die – freilich durch das Gericht nicht näher bestimmte – „Freiheit zur Krankheit“ belassen bleiben.

Es soll vor diesem Hintergrund gefragt werden, ob und wie das Recht auf Selbstbestimmung auch des nicht einsichtsfähig handelnden Einzelnen in der Abwägung mit der ihm drohenden Gefahr mit Leben zu füllen ist, so dass es mehr als nur eine abwehrrechtliche Konstante gegenüber einem variierenden, gegebenenfalls eingriffslegitimierenden Gefahrenpotential darstellt. Es gilt hierfür einen weiterführenden allgemeinen, für die Fälle fehlender Freiverantwortlichkeit bei der „reinen“ Selbstgefährdung aussagekräftigen Maßstab zu finden, der den selbstbestimmungsrechtlichen Gehalt des individuellen, nicht einsichtsfähig erfolgenden, jedoch willensgetragenen Verhaltens in gewisser Weise greifbar macht.

⁴⁷⁹ BVerfGE 58, 208 (225f.).

Insgesamt gesehen sind die Gründe, warum der Staat in einigen Fällen zur Untätigkeit gezwungen sein kann, bei näherem Hinsehen denn auch solche, die sich nicht ausschließlich an der Wertigkeit des betroffenen Individualrechts oder dem Grad seiner Gefährdung orientieren (dürfen).

Es muss vielmehr von der Überlegung ausgegangen werden, dass sich die Bedeutung wohl annähernd eines jeden menschlichen Verhaltens erst in Ansehung seiner bestehenden oder möglichen Einbettung in das soziale Umfeld abschließend beurteilen lässt und sich sein Sinngehalt erst aus der Funktion im Gemeinschaftsleben ergibt.⁴⁸⁰ So ist es eine Tatsache, dass der ganz überwiegende Teil der Entfaltungsmöglichkeiten des Einzelnen sowie der sich für ihn aus der Freiheitsausübung ergebenden Vorteile nur im gesellschaftlichen Kontext möglich ist.⁴⁸¹ Zutreffend ist in diesem Sinne bereits formuliert worden⁴⁸²: „Der Nächste ist für meine Entfaltung, was die Luft ist für meine Atmung. Das ist selbstverständlich: Wir bemerken es sowenig wie die Tatsache, dass wir ständig atmen.“ Man kann also die Bedeutsamkeit einer (selbstgefährdenden) Handlung für die persönliche Selbstentfaltung des Individuums aussagekräftig nur über diesen Gedanken ihrer Gewichtung im Rahmen des sozialgemeinschaftlichen Zusammenlebens bestimmen. In besonderem Maße gilt dies für das Verhalten nicht einsichtsfähiger Personen, die auch oder gerade im Wege von Selbstgefährdungen am gesellschaftlichen Leben partizipieren können. Deshalb sind staatlicherseits bei der Entscheidung zugunsten oder zulasten eines Einschreitens in erster Linie auch anhand gesellschaftlicher Maßstäbe und Bewertungen das „soziale Gewicht“⁴⁸³ der entsprechenden Handlung einerseits und andererseits spiegel-

⁴⁸⁰ vgl. Enneccerus/Nipperdey, AT des Bürgerlichen Rechts, 2. Halbband, 14. Auflage, S. 917 und 15. Auflage, S. 1299.

⁴⁸¹ Sommermann in von Mangoldt/Schmidt-Bleibtreu/Klein, Band 2, 5. Auflage, Art. 20 Rn. 110.

⁴⁸² Suhr, S. 87ff..

⁴⁸³ das Kriterium eines „sozialen Bezuges“ ist vom Bundesverfassungsgericht bislang in ähnlicher Weise vor allem zur Begründung eines Gestaltungsspielraumes für legislative Eingriffe und als Einfluss auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung herangezogen worden, insbesondere bei Eingriffen ins Eigentum, vgl. BVerfGE 50, 256 (262f.); 53, 257 (292); 58, 81 (111); 64, 87 (101); 70, 180 (201). Denninger in Liskens/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 312f. Rn. 30 (Fußnote 29) und Rn. 34 hat in Anlehnung hieran bereits ein nicht näher beschriebenes Kriterium des „sozialen Bezuges“ bzw. der sozialen Funktion zur Begründung einer Eingriffsbefugnis der Polizei hergeleitet. Dabei wird das Kriterium insoweit durchaus zweifelhaft zur Begründung einer Eingriffslegitimation verwendet, als dadurch im Endeffekt offenbar nur die polizeirechtliche Irrelevanz einer „reinen“ von der polizeirechtlichen Relevanz einer Selbstgefährdung bei gleichzeitiger Fremdgefährdung anderer oder der Allgemeinheit abzu-

bildlich dazu das Interesse des Einzelnen an der sozialen Teilhabe zu beachten. Beide Aspekte verschmelzen in der generellen sozialen Bedeutsamkeit des konkreten Verhaltens und können in dieser Form vielfach Ausdruck dessen sein, was der Einzelne wie die Allgemeinheit und deshalb letztlich der Staat an Schäden bzw. Gefahren auch des nicht Einsichtsfähigen im Interesse eines gesellschaftlich „reizvollen“ und integrativen Zusammenlebens in Kauf zu nehmen bereit ist oder gegebenenfalls tolerieren muss⁴⁸⁴. Hieraus ergibt sich ein allgemeiner sozial aber auch rechtlich bedeutungsvoller Gesichtspunkt, der nicht ignoriert werden darf. Ein Schutz des nicht einsichtsfähigen Bürgers „zu eigenem Nutzen“, kann nicht erfolgen, ohne dabei neben Gefahrenausmaß und korrelierender Schutzpflicht auch den die (integrative) Freiheitsbetätigung ausfüllenden „sozialen Gehalt“ der selbstgefährdenden Handlung hinreichend gewürdigt zu haben. Dieser nämlich ist maßgebliches Charakteristikum für die Bedeutsamkeit der individuellen Selbstbestimmung in der Abwägung.

Eine Vernachlässigung dieses Gesichtspunkts und damit des Selbstbestimmungsrechts auch nicht einsichtsfähiger Personen könnte statt auf einen Schutz des Bürgers in letzter Konsequenz bedenklich auf seine staatlich bzw. gegebenenfalls sogar polizeilich betriebene und in polizeilicher Verantwortung stehende „Besserung“⁴⁸⁵ durch die Einflussnahme auf nach ge-

grenzen versucht wird – im Ansatz also ähnlich, wie dies auch mit der Formulierung einer „Ausstrahlung in die Öffentlichkeit“ geschieht. Ebenso sind augenscheinlich auch die Ausführungen Eberts, S. 41, zu deuten, der sich auf Denninger bezieht. Eine wahrhaft weiterführende trennscharfe Konturierung lässt sich jedoch auch damit nicht gewinnen.

⁴⁸⁴ ähnliche Formulierungen finden sich unter dem Gesichtspunkt der sogenannten „Sozialadäquanz“ sowohl im Straf- als auch im Zivilrecht. So führt Gropp, Strafrecht-AT, § 6 Rn. 230f. aus: „... Überwiegen des öffentlichen Interesses an gefährlichen Sportarten („panem et circenses“) gegenüber den Interessen der Sporttreibenden an ihrer körperlichen Unversehrtheit. ... Betroffen ist aber nicht nur der Bereich des Sports, sondern auch das Beispiel der Beschneidung, insbesondere von Kindern aus religiösen Gründen...“; mit diesem Beispiel ebenso Tröndle/Fischer, § 223 Rn. 6; kritisch und für eine Verankerung dieser Überlegungen auf der Ebene des Verfahrensrechts Wolski, S. 201ff..

Im Zivilrecht findet sich bereits bei Ennecerus/Nipperdey, AT des Bürgerlichen Rechts, 2. Halbband, 14. Auflage, S. 917 und 15. Auflage, S. 1299 die Formulierung: „Der Sinngehalt eines menschlichen Verhaltens ergibt sich erst aus der Funktion dieses Verhaltens im Gemeinschaftsleben. Infolgedessen lässt sich auch der Unrechtscharakter einer Handlung nur aus der Beziehung dieser Handlung zu der sittlichen Ordnung des menschlichen Zusammenlebens bestimmen. Handlungen, die sich im Rahmen dieser sozialen Ordnung halten, sind sozialadäquat und damit nicht widerrechtlich.“

⁴⁸⁵ vgl. hierzu ausdrücklich Denninger in Lisken/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 313 Rn. 33 sowie BVerfGE 22, 180 (219f.): Der Staat hat „nicht die Auf-

sellschaftlichem und zwischenmenschlichem Verständnis bedeutsames – und im Einzelfall vielleicht auch schon deshalb gefahrenärmeres – Selbstgefährdungsverhalten hinauslaufen. Anders als dies bisweilen mißverständliche Formulierungen in der Literatur nahe legen mögen⁴⁸⁶, hat jedoch auch der natürliche Wille des nicht Einsichtsfähigen in der konkreten Situation ein selbstbestimmungsrechtliches Gewicht, das es für die Abwägung zu konkretisieren gilt. Spricht man sich nämlich *expressis verbis* dafür aus, auch dem nicht Einsichtsfähigen freiheitsgrundrechtliche Abwehrgehalte zuzuerkennen, ohne dabei nach seiner Grundrechtsmündigkeit zu fragen, so ist es in der Folge nur konsequent, dementsprechend auch einen näheren Maßstab für ihre Gewichtung gegenüber staatlichen Schutzpflichten bei der „reinen“ Selbstgefährdung zu ergründen.

(2) Konkretisierung des „sozialen Gewichts“ der selbstgefährdenden Handlung als Maßstab individueller Selbstbestimmung des nicht Einsichtsfähigen

Soll das „soziale Gewicht“ der jeweiligen Handlung bei der Frage nach einer Beschränkbarkeit „rein“ selbstgefährdender und nicht freiverantwortlich erfolgender Verhaltensweisen als Charakteristikum und Abwägungsmaßstab für die Bedeutsamkeit individueller Selbstbestimmung im konkreten Einzelfall zur Anwendung kommen, so betrifft dies gleichermaßen die polizeirechtliche Ebene wie auch die des Gesetzgebers.

Ausgehend von der Überlegung, dass sich die Bedeutung wohl annähernd eines jeden menschlichen Verhaltens erst in Ansehung seiner bestehenden oder möglichen Einbettung in das soziale Umfeld abschließend beurteilen lässt, kann der hieraus abzuleitende Maßstab des „sozialen Gewichts der selbstgefährdenden Handlung“ je nachdem durchaus in doppelter Hinsicht – nämlich freiheitlich teils individualbezogen, teils kollektivbezogen – in Erscheinung treten:

Zum einen besteht ein originäres Individualinteresse auch und gerade des nicht einsichtsfähigen Einzelnen in Bezug auf eine in Relation zum Gefah-

gabe, seine Bürger zu bessern, und deshalb auch nicht das Recht, ihnen die Freiheit zu entziehen, nur um sie zu bessern.“

⁴⁸⁶ vgl. dazu unter **III.2.d).aa).**..

renpotential möglichst weitgehende Teilhabe am gesellschaftlichen Leben. Sein Selbstbestimmungsrecht wiegt in diesem Zusammenhang naturgemäß umso schwerer, je sozialerheblicher die Handlung ist und je fundamentaler sie sich deshalb in der Folge für die individuelle Möglichkeit zu gesellschaftlicher Integration und Teilhabe darstellt. Das „soziale Gewicht“ als Charakteristikum des Selbstbestimmungsrechts eines nicht Einsichtsfähigen ist dabei gerade nicht per se vom Erreichen eines bestimmten Alters oder einer geistigen Verfassung abhängig zu machen, wenngleich es in Ansehung dessen je nach Eigenart der Handlung bisweilen selbstverständlich unterschiedlich ausfallen kann. Im Gegenteil ist gerade beispielsweise im Kinder- und Jugendbereich die Tendenz erkennbar, sich durch Ausübung und auch bloße Angabe der individuellen „Hobbies“ gesellschaftlich einzuordnen, Kontakte zu knüpfen oder sich manches Mal auch ein gewisses Etikett zu geben. Gerade bei nicht freiverantwortlich Handelnden gewinnen in hohem Maße sozialerhebliche Verhaltensweisen wegen ihrer integrationsfördernden Wirkung und dem Kontakt zu wie auch Beisammensein mit anderen Personen besondere Bedeutung.⁴⁸⁷ Dies gilt für vordergründig „banale“ Handlungszwecke wie etwa das Sonnenbaden. Es gilt aber gerade in besonderem Maße auch für eine Reihe gefahrenträchtiger Verhaltensweisen, die vielfach deshalb aus sich selbst heraus einen gewissen gesellschaftlich determinierten „Reiz“ beinhalten, weil sie mit erhöhtem Risiko oder einer entsprechenden Darstellung nach außen verbunden sind. Deutlich wird dies vor allem bei gemeinschaftlich ausgeübten und kommunikationsbestimmten Verhaltensweisen wie vielen älteren und neueren Wettkampfsportarten. Eine Beschränkung auf eine mit dem Verhalten selbst ausgelebte Sozialrelevanz besteht hingegen nicht. Vielmehr kann sich die soziale Bedeutsamkeit des Verhaltens auch oder gerade aus seiner (regelmäßigen) Ausübung generell ergeben – so etwa beim Zusammenschluss in einem Verein oder auch nur der schlichten Möglichkeit eines Erfahrungsaustauschs und der Kommunikation mit Gleichgesinnten bzw. Außenstehenden. Von diesem Standpunkt aus handelt es sich beim Charakteristikum des „sozialen Gewichts der Handlung“ um das typische Individualinteresse zur Selbstbestimmung im

⁴⁸⁷ siehe dazu bereits oben unter IV.1.c).

gesellschaftlichen Kontext als Ausdruck freiheitlicher sozialer Selbstentfaltung.

Zum anderen mag jedoch vor allem dann auch ein Allgemeininteresse an einer in Relation zur Gefahr möglichst weitgehenden Integration bei der Ausübung selbstgefährdender Handlungen mit starkem Sozialbezug zu beachten sein, wenn ein Schutz dauerhaft nicht einsichtsfähiger Personen in Rede steht – etwa von geistig Behinderten, deren soziale Möglichkeiten in der Gänze ohnehin eingeschränkt sind. Ermöglicht das Verhalten zwischenmenschliche Kontakte und ist es fähig, das gesellschaftliche Leben in gewissem Maße auszugestalten bzw. dessen Ausdruck zu sein, muss gegebenenfalls ein öffentliches Interesse an der allgemeinen Teilhabe auch seitens integrationsbedürftiger, nicht hinreichend einsichtsfähiger Menschen in dem Maße gewürdigt werden, wie die Handlung einen Beitrag zum menschlichen Miteinander zu bringen imstande ist. Von dieser Warte aus gesehen, kann das „soziale Gewicht der selbstgefährdenden Handlung“ durchaus auch Elemente eines über die Summe der individuellen Freiheitsinteressen hinausgehenden öffentlichen Anliegens bezüglich der in Abwägung mit dem bestehenden Gefahrenpotential möglichst weitgehenden Integration auch (dauerhaft) nicht einsichtsfähiger Personen beinhalten.

In der Systematik der Abwägung beruhen beide Aspekte unmittelbar auf dem objektivierbaren Maßstab des „sozialen Gewichts“ der selbstgefährdenden Handlung:

Je sozialerheblicher sich diese darstellt, desto größer ist das Individualinteresse des von der Maßnahme gegebenenfalls betroffenen, nicht einsichtsfähigen Einzelnen an freiheitlicher Selbstentfaltung und Teilhabe im gesellschaftlichen Kontext; je schwerer dieses konkrete Einzelinteresse wiegt, desto schwerer mag im Einzelfall reflexartig auch ein öffentliches Interesse an einer möglichst weitgehenden freiheitlichen Ausübung und damit verbundenen integrativen Teilhabe dauerhaft nicht Einsichtsfähiger wiegen. Es handelt sich daher in erster Linie um einen Schutz individueller sozialer Partizipationsinteressen, die sich spiegelbildlich dazu gegebenenfalls auch zu einem entsprechend proportionalen Allgemeininteresse an sozialer Integration verdichten können.

Der rechtlich beachtliche Maßstab der „Sozialerheblichkeit“ der konkreten Handlung schafft insofern als Differenzierungskriterium einen sachgerechten Ausgleich zwischen Selbstbestimmung und Individualrechtsgüterschutz bzw. variablem Gefahrenpotential: Je stärker das „soziale Gewicht der selbstgefährdenden Handlung“ und je schwächer gleichzeitig die Bedrohungen einzuschätzen sind, desto eher wird das individuelle Selbstbestimmungsrecht bzw. gegebenenfalls auch ein entsprechendes Allgemeininteresse an möglichst weitgehender und integrativ wirkender Ausübungsfreiheit einen Schutz des Einzelnen nicht verhältnismäßig durchführbar und damit unzulässig machen. Je schwächer es und je stärker gleichzeitig mögliche Schäden wiegen, desto eher wird er verhältnismäßig und daher zulässig sein.

Als Beispiel für eine Berücksichtigung der individuellen Selbstbestimmung – bzw. gegebenenfalls auch eines öffentlichen Interesses an gesellschaftlicher Integration – nach Maßgabe des „sozialen Gewichts“ der Handlung sei hier Folgendes angeführt:

Wird ein Geisteskranker oder Betrunkener von der Polizei dabei beobachtet, wie er Geldbeträge in ein Feuer oder, allein an der Reling eines Schiffes stehend, ins Meer wirft, so wird zumindest ein Gefahrenforschungseingriff eher zulässig sein, als wenn die gleichen Geldbeträge als Glücksbringer rückwärts über die Schulter in einen Stadtbrunnen geworfen werden – gegebenenfalls sogar zusammen mit anderen Personen im Rahmen eines Ausflugs.

Der gemeinsame Aufenthalt und erst Recht das gemeinsam oder in wechselnder Zusammensetzung ausgeübte Spielen von Kindern in der Natur kann ebenso ein hohes, gerade für die soziale Entwicklung bedeutsames Gewicht und damit eine hohe Sozialerheblichkeit besitzen, demgegenüber die Gefahr einer Infektion infolge eines Zeckenbisses selbst in gefährdeten Zonen verhältnismäßig geringer zu Buche schlägt – und dies auch wenn und obwohl Kinder (wie bisweilen auch Eltern) nicht in der Lage sein werden, die Gefahr einzuschätzen oder nach dieser Einschätzung zu handeln. Ähnliche Überlegungen mögen für zeltende Betrunkene Geltung beanspruchen.

Anders verhält es sich demgegenüber regelmäßig wohl beim Gebrauch eines Discman oder MP3-Players auf höchster Lautstärke, der zum einen erhebli-

che Gehörschäden nach sich ziehen kann und zum anderen aus sich selbst heraus zunächst einmal ein allenfalls geringes sozialintegratives Gewicht bzw. eine geringe Bedeutung im menschlichen Miteinander hat.

(3) Rückführbarkeit des Charakteristikums auf das Verfassungsrecht

Die Rückführbarkeit des Kriteriums auf das Verfassungsrecht betreffend, wurde bereits im **III. Abschnitt** im Punkt **2.e)**, versucht darzulegen, dass auch oder gerade eine Auslegung der polizeirechtlichen Generalklausel als einfachrechtlichem Eingriffs- bzw. Auffangtatbestand notwendig im Lichte von Verfassungspositionen zu erfolgen hat. Durch deren Ausstrahlungswirkung und die auf diese Weise implementierten Verfassungswerte erhält die Norm ihre rechtsstaatlichen Konturen und Grenzen. Stellt im Falle der freiverantwortlichen Selbstgefährdung mangels staatlicher Schutzberechtigung das freiverantwortlich in Anspruch genommene individuelle Freiheitsrecht eine solche Grenze dar, so bedarf gleichermaßen das „soziale Gewicht“ als Abwägungscharakteristikum für die Bedeutsamkeit der Selbstbestimmung in sonstigen Situationen einer Rückführung auf das Verfassungsrecht.

In diesem Sinne wurde bereits versucht, die Bedeutung zwischenmenschlicher Interaktion für die Selbstentfaltung des Individuums allgemein deutlich zu machen.⁴⁸⁸ Wenngleich die Allgemeine Handlungsfreiheit als solche in ihrem Bestehen für die Person auch nicht per se von der Art der Handlung und ihrer Rolle für die Persönlichkeitsentfaltung bzw. von ihrer „Sozialrelevanz“ abhängig zu machen ist⁴⁸⁹, so wird man doch nicht verleugnen können, dass das ihr zukommende Gewicht beim abwägungsorientierten Ausloten von Rechtfertigungsmöglichkeiten maßgeblich mit diesem Gesichtspunkt einhergeht. Das „soziale Gewicht“ des individuellen Verhaltens ist damit gleichermaßen Maßstab wie Ausdruck der freiheitlichen Selbstbestimmung als Individualinteresse und somit als deren Charakteristikum auch auf diese Verfassungsposition rückführbar.

⁴⁸⁸ ausführlich zur Bedeutung anderer für die Entfaltung eines jeden Menschen, Suhr S. 87ff..

⁴⁸⁹ zur hier abgelehnten Persönlichkeitskerntheorie vgl. unter **III.1.a)**, wie auch **I-II.2.d).bb)**..

Was bisweilen seine Eigenschaft als Ausdruck eines „öffentlichen Integrationsinteresses“ zu Gunsten dauerhaft nicht einsichtsfähiger Erkrankter oder Behinderter anbelangt, gilt es (auch hier) maßgeblich an den in den obigen Ausführungen deutlich gewordenen sozialintegrativen Gehalt des Kriteriums anzuknüpfen, der in der Hauptsache den Geltungsanspruch individueller Freiheit verstärkt. So ist aufgrund des anderweitigen Fehlens einer Schutzberechtigung nur ein Schutz des nicht freiverantwortlich Handelnden bei der „reinen“ Selbstgefährdung überhaupt denkbar. Gerade bei dauerhaft nicht einsichtsfähigen Personen – etwa bei Kindern, geistig Zurückgebliebenen oder an Demenz erkrankten älteren Personen – besteht spiegelbildlich zu den Individualinteressen der Betroffenen auch ein allgemeines öffentliches Interesse an einer in Relation zum jeweiligen Gefahrenpotential möglichst weitgehenden, staatlicherseits ungehinderten Teilhabe und damit verbundenen Eingliederung in die Gesellschaft. Soweit in Ansehung der konkreten Bedrohungen vertretbar, hat sich der Staat die entsprechende Zurückhaltung aufzuerlegen. Auch dieses Allgemeininteresse findet eine Stütze im Verfassungsrecht:

So sind die Gedanken einerseits auf das in seiner Reichweite insgesamt in großen Teilen unklare⁴⁹⁰, aber dennoch für den Gesetzgeber einerseits wie auch die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe andererseits bedeutsame⁴⁹¹ Sozialstaatsprinzip als Staatszielbestimmung rückführbar. Zwar wird bei diesem in erster Linie die Funktion zur „aktiven Förderung“ der Voraussetzungen einer Freiheitsbetätigung betont und dieser Gedanke ausdrücklich auch in einen Zusammenhang mit staatlicher Fürsorgeverantwortung gestellt.⁴⁹² Das Sozialstaatsprinzip wird mithin zuerst als Eingriffslegitimation zur Schaffung gerechter Verhältnissen oder zur staatlichen Fürsorge verstanden.⁴⁹³ Solches darf jedoch den Blick auf den eigentlich übergeordneten Inhalt des Sozialstaatsgebots nicht verstellen, der im Punkte der Fürsorge nicht unter außer Acht lassen des Freiheitsgedankens ermittelt

⁴⁹⁰ Antoni in Seifert/Hömig, Art. 20 Rn. 4; ähnlich Jarass in Jarass/Pieroth Art. 20 Rn. 113; Hofmann in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Art. 20 Rn. 29.

⁴⁹¹ dazu bereits BVerfGE 1, 97 (105); ebenso Jarass in Jarass/Pieroth, Art. 20 Rn. 126.

⁴⁹² Sommermann in von Mangoldt/Klein/Starck, 2. Band, 5. Auflage, Art. 20 Rn. 110 und 112; vgl. auch Littwin, S. 244.

⁴⁹³ vgl. mit Bezug zur Selbstgefährdung Littwin, S. 244, oder Fischer, S. 266; eine Eingriffslegitimation zum Schutz des Einzelnen vor sich selbst ist nach hier vertretener Ansicht hingegen überzeugender und grundlegender auf die staatliche Sicherheitsgarantie rückführbar, vgl. unter **III.2.** und **III.6.a).**

werden kann, sondern vielmehr maßgeblich und verstärkend auf ihn ausgerichtet ist. Hält man sich nämlich vor Augen, dass das Grundgesetz eine Freiheitsordnung aufstellt und mit einem Vorgehen dem hilfsbedürftigen Einzelnen seine *freiheitlichen* Möglichkeiten im Wege des fürsorglichen Eingriffs erhalten werden sollen – deshalb ist hier letztlich auch der Sicherheitsgedanke überzeugend heranzuziehen, vgl. unter **III.2.** –, so liegt auch dem Eingriff zu Schutzzwecken in letzter Konsequenz der übergeordnete Sinn einer möglichst weitgehenden Teilhabe und damit verbundenen Eingliederung des Hilfsbedürftigen in die freiheitlichen gesellschaftlichen Verhältnisse zugrunde. Dann aber lässt sich mit der gleichen Berechtigung neben bzw. statt einer Eingriffslegitimation auch oder erst recht aus dem Sozialstaatsgedanken ein „freiheitsverstärkendes“ Gebot staatlicher Zurückhaltung herleiten, solange sich der Zweck auf diesem Wege verhältnismäßig und damit vertretbar erreichen lässt. Zu Recht wird das Sozialstaatsprinzip deshalb teilweise und insoweit interpretationsoffen überhaupt als eine Ausrichtung auf eine gerechte und ausgeglichene Gestaltung der gesellschaftlichen Verhältnisse angesehen⁴⁹⁴, wobei neben der ökonomisch-sozialen auch die geistig-psychologische Situation des modernen Menschen miteinbezogen wird.⁴⁹⁵ Solches muss nicht notwendig mit der Einschränkung individueller Freiheitsrechte einhergehen, sondern kann im Gegenteil deren Geltungsanspruch verstärken, sofern staatliches Eingreifen und Lenken sich in diesem Sinne als kontraproduktiv darstellen würde. Selbst wenn nämlich der Schutz des dauerhaft nicht einsichtsfähigen Hilfsbedürftigen ihm die Voraussetzungen zur Freiheitsbetätigung erhält, separiert er ihn doch zunächst von der konkret Freiheit ausübenden, nicht in staatlicher Verantwortung vor „reiner“ Selbstgefährdung schützbaren⁴⁹⁶ Gesellschaft – schließlich ist staatlicher Schutz hier die Ausnahme und nicht die Regel. Auch und gerade das Allgemeininteresse an einer in Relation zum Gefahrenpotential möglichst weitgehenden und sich integrativ auswirkenden Möglichkeit zur freiheitli-

⁴⁹⁴ Antoni in Seifert/Hömig, Art. 20 Rn. 4; vgl. BVerfGE 22, 180 (204); 35, 202, (235f.); 69, 272 (314); 94, 241 (263); vgl. Hofmann in Schmidt-Bleibtreu/Klein/Hofmann/Hopfauf, Art. 20 Rn. 29.

⁴⁹⁵ Hofmann in Schmidt-Bleibtreu/Klein/Hofmann/Hopfauf, Art. 20 Rn. 35.

⁴⁹⁶ ein staatlicher Schutz des sich freiverantwortlich „rein“ selbst Gefährdenden allein zu seinem eigenen Schutz ist nach hier vertretener Ansicht nicht möglich, s. Abschnitt **III.**

chen Betätigung durch den nicht Einsichtsfähigen findet damit eine Stütze im Sozialstaatsgedanken.

Darüber hinaus finden sich Teilaspekte einer anzustrebenden möglichst umfassenden Eingliederung des dauerhaft nicht einsichtsfähigen Individuums jedoch auch in anderen Verfassungsvorschriften, namentlich den besonderen Diskrimminierungsverboten. So verbietet die grundgesetzliche Vorschrift des Art. 3 III 2 GG ausdrücklich die Benachteiligung Behinderter, wobei eine Behinderung in diesem Sinne als Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung verstanden wird, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht.⁴⁹⁷ Der Norm kommt dabei nicht nur nach Wortlaut und Zweck die Rolle eines subjektiven Abwehrrechts zu⁴⁹⁸, sie gewinnt über die subjektivrechtliche Aussage hinaus auch eine Funktion als wertsetzende Grundsatznorm, welche dem Staat die Aufgabe stellt, die gesellschaftliche Integration von Behinderten bzw. deren soziale Teilhabe zu fördern.⁴⁹⁹ Explizit findet sich dieser Gedanke etwa auch in Art. 11 Satz 2 Berliner Verfassung wieder, welcher den Staat ausdrücklich dazu verpflichtet, *aktiv* für gleichwertige Lebensbedingungen von Menschen mit und ohne Behinderung zu sorgen. Auch hierin findet das Allgemeininteresse an einer in Relation zum Gefahrenpotential möglichst weitgehenden Integration des dauerhaft nicht Einsichtsfähigen eine Stütze. Es untermauert den individuellen Freiheitsanspruch des Hilfsbedürftigen durch ein zusätzliches öffentliches Interesse.

(4) „Sozialerheblichkeit“ der selbstgefährdenden Handlung und Gefahrenpotential

Zu beachten gilt es abschließend jedoch auch, dass der Maßstab der Einbettung einer selbstgefährdenden Handlung in den sozialen Kontext sich in seiner Bedeutung für die Abwägung nicht notwendig auf das Gewicht des individuellen Selbstbestimmungsrechts sowie gegebenenfalls öffentlicher Integrationsinteressen beschränken muss. Gleichermaßen können sich bei der Be-

⁴⁹⁷ BVerfGE 96, 288 (301); 99, 341 (356f.).

⁴⁹⁸ Beaucamp in JA 2001, 36 (37) m.w.N..

⁴⁹⁹ Beaucamp in JA 2001, 36 (37); Osterloh in Sachs, 4. Auflage, Art. 3 Rn. 307; Heun in Dreier, Bd. I, Art. 3 Rn. 138; BVerfG in NJW 2000, 2658 (2658f.); BVerfG in NJW 1998, 2663 (2663f.).

achtung dieses Gesichtspunkts bisweilen auch Auswirkungen auf das Gefahrenpotential der konkreten Handlung ergeben.

So ist es wie gesehen gerade Inhalt der oben beschriebenen individuellen Freiheits- und gegebenenfalls auch kollektiven Integrationsinteressen und (damit) zugleich Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsprinzips, dass Gefahren weitestmöglich selbst bzw. im Verbund und Zusammenleben mit der sozialen Gemeinschaft bewältigt werden – ohne staatliche Intervention. Erscheint dies verhältnismäßig möglich bzw. erfolgen Selbstgefährdungen eines nicht hinreichend Einsichtsfähigen bei gleichzeitiger Anwesenheit „wohlgesinnter“ anderer Personen, so kann auch das drohende Gefahrenpotential durch diesen Umstand abgemildert werden: Dies mag etwa der Fall sein, wenn davon auszugehen ist, dass diese Personen in „innerer“ Verbindung zu dem potentiell Hilfsbedürftigen stehen und sprichwörtlich „ein Auge auf ihn haben“ werden. Beispielsweise wird die Polizei stets zu prüfen haben, ob die „Sorge“ für einen Volltrunkenen nicht verhältnismäßig der ihn begleitenden Reisegruppe überantwortet werden kann und muss oder ob sie im Wege des Eingriffs durch den Staat wahrzunehmen ist. Dieser Gedanke kommt etwa bei der polizeirechtlichen Ingewahrsamnahme im verbreiteten Tatbestandsmerkmal der „hilflosen Lage“ zum Ausdruck, die stets Voraussetzung ist und bei deren Nichtvorliegen sich ein entsprechendes polizeiliches Einschreiten verbietet.⁵⁰⁰

Wenngleich die gemeinschaftliche Ausübung mit anderen auch nicht notwendig das „soziale Gewicht“ einer selbstgefährdenden Handlung bedingt, sondern sich dieses – wie gesehen – auch aus der Tätigkeit an sich oder ihrer Funktion wie auch Zielsetzung im sozialen Kontext ergeben kann, so wird doch häufig das Gefahrenpotential der Situation infolge einer die Sachlage entschärfenden Beteiligung Dritter am sozialerheblichen Verhalten geringer einzuschätzen sein.

dd) Die Wahrnehmung von Sorge und Betreuung für Erwachsene (durch Dritte) nach dem Gebot der Verhältnismäßigkeit

Dem Verhältnismäßigkeitsgebot beim Ausgleich zwischen individuellem Schutzbedürfnis und Selbstbestimmung entspricht auch die Gesetzgebung

⁵⁰⁰ vgl. etwa § 32 I Nr. 1 HSOg: „sonst“; dazu Meixner/Fredrich, HSOg, 10. Auflage, § 32 Rn. 9.

zur Behandlung dauerhaft nicht hinreichend einsichtsfähiger Erwachsener. Der Staat reagiert hier auf die Hilfsbedürftigkeit von Personen typischerweise zunächst damit, dass er ihnen einen Dritten zur Seite stellt, der für sie und in ihrem Interesse die Angelegenheiten besorgt, zu deren Wahrnehmung sie selbst nicht (zumutbar) in der Lage sind. In diesem Sinne sind die Regelungen des 3. Abschnitts im 4. Buch des BGB zur rechtlichen Betreuung psychisch Kranker (§§ 1896 bis 1908k BGB) aufzufassen, deren Anordnung als Teil- oder Totalbetreuung sich auch im Einzelnen am Verhältnismäßigkeitsprinzip zu orientieren hat, § 1896 II 1 BGB. Erst sobald erhebliche Gefahren für die Person selbst zu befürchten sind, die nicht anders abgewendet werden können, kann nach dem Unterbringungsrecht der Bundesländer die Unterbringung zu eigenem Schutz angeordnet werden – so etwa § 1 I und II HessFreihEntzG⁵⁰¹.

Die Polizei kommt demgegenüber in den typischen Eilfällen zum Einsatz – gleich, ob sie in der konkreten Situation aufgrund der Generalklausel oder einer variierten speziellen Ermächtigungsgrundlage⁵⁰² tätig wird. Auch sie hat bei ihrer Entscheidung, ob und wie sie gegen das konkret selbstgefährdende Verhalten der nicht einsichtsfähigen Person im Wege der Beschränkung vorgeht, die genannten Punkte in der Abwägung zu berücksichtigen. Wenn dies (eher) erfolgversprechend erscheint, besteht dabei *expressis verbis* „auch“ – also kumulativ⁵⁰³ – die Möglichkeit, Maßnahmen gegen einen für die Person bestellten Betreuer im Rahmen seines jeweiligen Aufgabenspektrums zu richten – so sieht es etwa § 6 II 2 HSOG vor.

Die dauerhafte Sorge für die betroffene geisteskrankte Person selbst obliegt hingegen nicht der Polizei. Diese muss auf eigener gesetzlicher Grundlage entweder durch den hierzu bestellten Dritten oder durch unterbringungsrechtliche Maßnahmen erfolgen und wird nicht von der polizeilichen (Eil-)Zuständigkeit erfasst.

⁵⁰¹ Hessisches Gesetz über die Entziehung der Freiheit geisteskranker, geistesschwacher, rauschgift- oder alkoholsüchtiger Personen vom 19.05.1952 (GVBl. S. 111), zuletzt geändert am 05.02.1992 (GVBl. I S. 66).

⁵⁰² dazu unten unter **V.1.b).**

⁵⁰³ Rasch/Ule, Allg. POR, S. 113 Rn. 19f..

ee) Die Rolle des Elternrechts beim verhältnismäßigen Schutz Minderjähriger

Auch Kinder und Minderjährige können staatlichen Schutzes bedürfen. Das ist in den obigen Beispielen bereits vielfach angeklungen. Hierbei besteht allerdings insoweit eine Besonderheit, als dass auch bzw. „zuvörderst“ das Erziehungsrecht der Eltern, welches im Grundgesetz in Art. 6 II 1 GG normiert ist, in seiner Funktion als Abwehrrecht Beachtung beanspruchen kann. Über dieses elterliche Recht übt der Staat lediglich das im Grundgesetz in Art. 6 II 2 GG niedergelegte Wächteramt aus: Allein dort, wo Eltern nicht oder nicht mehr allein in der Lage sind, ihre Erziehungsaufgabe wahrzunehmen, oder wo Verfehlungen der Eltern das Kindeswohl auf Dauer erheblich gefährden, darf der Staat insoweit als Erziehungshelfer einspringen.⁵⁰⁴ Dies setzt freilich auch bzw. gerade der staatlichen Sicherheitsaufgabe Grenzen. Das Selbstbestimmungsrecht des Kindes und Jugendlichen findet seine Beschränkung zunächst und „zuvörderst“ im Erziehungsrecht der Eltern und erst subsidiär in der Sicherheitsgewährleistung zu Gunsten grundrechtlich verfasster Individualrechtsgüter durch den Staat. Solches ergibt sich zum einen etwa aus dem Wortlaut der Vorschrift des Art. 6 II GG. Es ist jedoch zugleich auch Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsprinzips. So ist in Anbetracht der grundrechtlichen Garantie einer Erziehung durch die Eltern staatlicher Schutz des Minderjährigen oder Kindes auch nur unter den folgenden Gesichtspunkten verhältnismäßig denkbar: Einerseits ist dies der Fall, wenn hiermit vielleicht ein Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Jugendlichen, hingegen aber regelmäßig gar kein Eingriff in das Erziehungsrecht der Eltern verbunden ist, weil die Erziehung durch den Staat lediglich unterstützt wird. Solches mag vor allem dann gegeben sein, wenn Gefährdungslagen bestehen, die von den Eltern nicht oder nicht allein beherrscht werden können – etwa beim Zutritt zu jugendgefährdenden Orten.⁵⁰⁵ Andererseits kann das Erziehungsrecht der Eltern durch einen Schutz des Minderjährigen freilich auch dann nach Maßgabe des Verhältnismäßig-

⁵⁰⁴ BVerfGE 74, 102 (124).

⁵⁰⁵ in diesem Sinne sind die Vorschriften des Jugendschutzgesetzes in der Fassung vom 23. Juli 2002 (BGBl. I 2730), zuletzt geändert am 23.07.2004 (BGBl. I S. 1857), aufzufassen.

keitsprinzips eingeschränkt werden, wenn die Eltern ihren erzieherischen Pflichten nicht nachkommen und dem Kind in der Folge erhebliche Schäden drohen.⁵⁰⁶

Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, wird neben einem Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen oder Kindes gleichermaßen auch ein nicht verhältnismäßig zu rechtfertigender Eingriff in das Erziehungsrecht der Eltern gegeben sein. Der Wille der Eltern und deren zu beachtendes Erziehungsrecht führen dann dazu, dass staatliches Einschreiten rechtswidrig wäre und daher zu unterbleiben hat. So wird bei gewissenhafter Ausübung der Erziehungsaufgabe seitens der Eltern in diesen Fällen letztlich vielfach auch schon keine Schutzpflichten begründende Gefährdungslage vorliegen.

Ergibt sich nun infolge einer im obigen Sinne durch die Eltern vernachlässigten oder aber nicht zu bewältigenden Erziehungsaufgabe die Möglichkeit eines hinsichtlich des elterlichen Erziehungsrechts verhältnismäßigen staatlichen Schutzes des Kindes oder Minderjährigen, so muss sich ein solcher jedoch auch im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht des Adressaten als verhältnismäßig erweisen. Will man hierbei nicht zu einer patriarchalischen Bevormundung auch des Jugendlichen oder Kindes kommen, so ist dies wiederum nur zugunsten eines Schutzes des nicht hinreichend Einsichtsfähigen möglich. Im Übrigen fehlt es auch in diesem Bereich an der Schutzberechtigung.

Bei abstrakt-generellen Regelungen, die wie üblich an das Alter des Jugendlichen oder Kindes anknüpfen, darf und muss der Gesetzgeber zunächst einmal typisieren, wann er bei Minderjährigen den Mangel der notwendigen Einsichtsfähigkeit und Willensfreiheit unterstellt und folglich Jugendschutzbestimmungen vielfältiger Art erlässt.⁵⁰⁷ Hierbei gilt es, eine für möglichst

⁵⁰⁶ in diesem Sinne ist etwa die Befugnis des Jugendamtes zur Inobhutnahme von Kindern und Jugendlichen (auch) gegen den Willen der Personensorge- oder Erziehungsberechtigten aufzufassen; siehe § 42 I Nr. 2b), I 2, III 2, V, VI SGB VIII in der Fassung vom 8. Dezember 1998 (BGBl. I S. 3546), zuletzt geändert am 8.9.2005 (BGBl. I S. 2729).

⁵⁰⁷ Schwabe in JZ 1998, 66 (70); ähnlich Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 272; insoweit abweichend ist Hillgruber, S. 122ff. und 175, der Ansicht, die Zulässigkeit des Jugendschutzes ergebe sich nicht bereits aus einer anzunehmenden Unfähigkeit zu freier Selbstbestimmung, sondern aus seiner (abstrakten) „Schutz- und Erziehungsbedürftigkeit“.

viele Tatbestände angemessene Regelung zu schaffen; ein solches Vorhaben kommt seiner Natur nach nicht ohne Typisierungen aus.⁵⁰⁸ In der Folge wird ein entsprechender, auf Dauer angelegter Schutz Minderjähriger ebenso wie beim Schutz nicht hinreichend einsichtsfähiger Erwachsener zunächst und insoweit verhältnismäßig durch die Fürsorge Dritter vollzogen. In diesem Zusammenhang sind die Vorschriften des Gesetzgebers über die Vormundschaft (§§ 1773 bis 1895 BGB) und Pflegschaft (1909 bis 1921 BGB) für Minderjährige zu sehen, ebenso wie die in Eilfällen bestehende Befugnis des Jugendamtes zur Wegnahme und vorläufigen Unterbringung eines Kindes oder Jugendlichen bei einer geeigneten Person, in einer geeigneten Einrichtung oder sonstigen Wohnform (§ 42 I 1 und 2 SGB VIII⁵⁰⁹). Darüberhinaus gibt es eine Vielzahl von Jugendschutzvorschriften, die den Minderjährigen vor Fremdeinflüssen oder im Einzelfall auch vor Selbstgefährdungen zu schützen bezwecken – so etwa die Vorschriften des Jugendschutzgesetzes oder die Regeln der Geschäftsfähigkeit im BGB.

Der Polizei kommt demgegenüber die typische Aufgabe der Gefahrenabwehr im Eil- und Einzelfall zu. Sie kann auf der Grundlage der polizeirechtlichen Generalklausel oder einer variierten speziellen Ermächtigung tätig werden⁵¹⁰ und hat hierbei dem Grunde nach die gleichen Anforderungen an staatliches Handeln zum Schutze vor „reiner“ Selbstgefährdung zu beachten wie der Gesetzgeber. Ist der Minderjährige noch nicht vierzehn Jahre alt, so können Maßnahmen auch gegen den Aufsichtspflichtigen gerichtet werden – dies ist etwa in § 6 II 1 HSOG niedergelegt. Die Verantwortlichkeit besteht in diesem Fall kumulativ zu derjenigen des Minderjährigen.⁵¹¹ Die „dauerhafte“ Sorge obliegt hingegen auch hier nicht der Polizei.

⁵⁰⁸ vgl. BVerfGE 13, 230 (236).

⁵⁰⁹ in der Fassung vom 8. Dezember 1998 (BGBl. I S. 3546), zuletzt geändert am 8.9.2005 (BGBl. I S. 2729).

⁵¹⁰ dazu unten unter **V.1.b).**

⁵¹¹ Rasch/Ule, Allg. POR, S. 113 Rn. 20.

b) Abschlussbetrachtung: Die Beschränkbarkeit nicht freiverantwortlich erfolgenden, „rein“ selbstgefährdenden Handelns durch den Staat nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit bzw. des „sozialen Gewichts“ als Differenzierungskriterium

Es kann folglich festgehalten werden, dass sich bei der Frage nach dem Schutz eines nicht freiverantwortlich Handelnden im Ausgangspunkt dessen Freiheitsrechte in einer Abwägungssituation mit dem Gefahrenpotential für seine Individualrechtsgüter befinden, die es ebenso wie vergleichsweise auch bei der Fremdgefährdung im konkreten Einzelfall bezüglich des „Ob“ und des „Wie“ eines Einschreitens strikt verhältnismäßig aufzulösen gilt.

Differenzierungskriterium ist dabei vor allem das „soziale Gewicht“ der „rein“ selbstgefährdenden Handlung, das es jeweils bei Selbstbestimmung und Gefahr als einzelnen Abwägungsgesichtspunkten zu Gunsten des nicht Einsichtsfähigen zu berücksichtigen gilt:

Der Gefahr für seine Individualrechtsgüter steht auf der einen Seite das freiheitliche Selbstbestimmungsrecht des sich selbst gefährdenden Individuums gegenüber, dessen Gewicht freilich nicht ohne Beachtung der fehlenden Einsichtsfähigkeit zu ermesen ist. Letzteres bedeutet jedoch nicht zugleich, dass ihm in der einzelfallorientierten Abwägung keinerlei eigene Bedeutung zukäme bzw. es eine abstrakte abwehrrechtliche Konstante zu bilden hätte.⁵¹² So kann man die Bedeutsamkeit einer (selbstgefährdenden) Handlung für die persönliche Selbstentfaltung gerade (auch) des nicht einsichtsfähigen Individuums aussagekräftig nur über den Gedanken ihrer Gewichtung im Rahmen des sozialgemeinschaftlichen Zusammenlebens bestimmen. Ausdruck dieser Überlegung ist das Kriterium des „sozialen Gewichts“ der Handlung: Je sozialerheblicher sich das Verhalten darstellt, desto größer ist das Individualinteresse des von der Maßnahme gegebenenfalls betroffenen, nicht einsichtsfähigen Einzelnen an freiheitlicher Selbstentfaltung und Teilhabe im gesellschaftlichen Kontext.

⁵¹² das BVerfG formuliert in BVerfGE 58, 208 (225f.), das Gewicht, das dem Freiheitsanspruch [...] zukommt dürfe nicht losgelöst von den tatsächlichen Möglichkeiten des Fürsorgebedürftigen bestimmt werden, sich frei zu entscheiden. Es dränge sich [aber] im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf, dass bei weniger gewichtigen Fällen auch dem psychisch Kranken in gewissen Grenzen die „Freiheit zur Krankheit“ belassen bleiben müsse.

Zudem besteht bei dauerhaft nicht Einsichtsfähigen unterstützend ein auf das Kriterium und die Verfassung rückführbares öffentliches Interesse an einer in Relation zum Gefahrenpotential möglichst weitgehenden Integration in die gesellschaftlichen Verhältnisse.

Je größer sich auf der anderen Seite das Gefahrenpotential des „rein“ selbstgefährdenden Verhaltens darstellt, desto eher wird ein Schutz des Einzelnen nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit zulässig sein. „Reine“ Selbstgefährdungen sind typischerweise zu Lasten der geschützten Individualrechtsgüter „Leben, Gesundheit, Ehre oder Vermögen“ denkbar. Vom ebenfalls schützenswerten und geschützten Individualrechtsgut der „Freiheit“ eines Menschen sind zwar neben der Freiheit der Person im Sinne körperlicher Bewegungsfreiheit – zur Auslegung bereits unter **III.1.d)**. – auch Handlungsfreiheiten wie etwa die Meinungs- oder Glaubens- und Gewissensfreiheit erfasst. Soweit diese im Sinne eines permanent und jederzeit umkehrbar gleichermaßen positiv wie negativ nutzbaren freiheitlichen Ausübungs- und Gestaltungsraums verstanden werden können, ist ihre „reine“ Selbstgefährdung durch den nicht hinreichend Einsichtsfähigen im Sinne einer wahrhaftigen *Selbstgefährdung* dieses Freiheitsraums jedoch schon aus tatsächlichen Gründen schwerlich vorstellbar.

Das „soziale Gewicht“ der Handlung kann sich auch im Punkt des Gefahrenpotentials der Situation auswirken. So wird dieses häufig infolge einer die Sachlage entschärfenden Beteiligung Dritter am sozialerheblichen Verhalten geringer einzuschätzen sein, wenn zu erwarten steht, dass letztere sprichwörtlich „ein Auge“ auf den nicht hinreichend Einsichtsfähigen haben werden und sich ein (polizeiliches) Eingreifen deshalb als unverhältnismäßig darstellen würde.

Beim Schutz nicht hinreichend einsichtsfähiger Minderjähriger besteht insoweit eine Besonderheit, als dass auch bzw. „zuvörderst“ das Erziehungsrecht der Eltern in seiner Funktion als Abwehrrecht Beachtung beanspruchen kann. Staatliches Einschreiten gegen eine „reine“ Selbstgefährdung des Minderjährigen kommt hier lediglich in Frage, wenn entweder der Staat die Erziehung der Eltern nicht beschränkt, sondern vielmehr unterstützt oder

aber wenn die Eltern ihren erzieherischen Pflichten nicht nachkommen und dem Kind oder Jugendlichen in der Folge erhebliche Schäden drohen.

Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, wird neben einem Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen oder Kindes gleichermaßen auch ein nicht verhältnismäßig zu rechtfertigender Eingriff in das Erziehungsrecht der Eltern gegeben sein. Der Wille der Eltern und deren zu beachtendes Erziehungsrecht führen dann dazu, dass staatliches Einschreiten rechtswidrig wäre und daher zu unterbleiben hat.

Liegen die Voraussetzungen jedoch vor, so muss sich ein Schutz des nicht hinreichend einsichtsfähigen Kindes oder Jugendlichen auch im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht des Adressaten unter den obigen Gesichtspunkten als verhältnismäßig erweisen.

V. Abschnitt:

Konsequenzen für das und Besonderheiten im Polizeirecht

1. Verankerung und Auswirkungen des verfassungsrechtlich gebotenen verhältnismäßigen Interessenausgleichs zwischen Selbstbestimmung und Schutz auf polizeirechtlicher Ebene

Die Überlegungen zu dem beim Schutz des nicht hinreichend Einsichtsfähigen notwendigen verhältnismäßigen Interessenausgleich zwischen sicherheitsorientierter Schutzpflicht bzw. Gefahrenpotential und der gleichwohl bestehenden individuellen Selbstbestimmung wie bisweilen sogar einem unterstützend wirkenden öffentlichen Interesse an Teilhabe und Integration gilt es auf der polizeirechtlichen Ebene der einfachgesetzlichen Schutznorm zu verankern und hierbei die Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Maßstäbe zu präzisieren.

a) Generalklausel

In den Ausführungen im dritten Abschnitt dieser Untersuchung ist versucht worden darzulegen, dass eine Schutzpflicht zu Gunsten der Individualrechtsgüter des sich „rein“ selbst gefährdenden Einzelnen als Ausdruck der staatlichen Sicherheitsaufgabe im Ausgangspunkt nur dann bestehen kann, wenn dieser nicht hinreichend einsichtsfähig oder aber hilfsbedürftig ist und somit in der Folge je nach Vorgehensweise entweder ein „Verzicht“ auf den Schutz seiner grundrechtlich verankerten Individualrechtsgüter unwirksam wäre oder – vorzugswürdig – ihm ein „Selbstschutz“ nicht zumutbar überlassen werden könnte.⁵¹³ Da die Bestimmung des polizeilichen Schutzgutes von der verfassungsrechtlichen Beurteilung der betroffenen Individualrechtsgüter aus erfolgen muss⁵¹⁴, kann somit eine Gefahr für die zu schützenden Individualrechtsgüter einer Person bei der „reinen“ Selbstgefährdung von vornherein nur im Falle deren fehlender Einsichtsfähigkeit vorliegen. Das sich hieraus gegebenenfalls entfaltende Gefahrenpotential ist mit den Rechten des Betroffenen und den benannten übrigen Gesichtspunkten zu einem sowohl bezüglich des „Ob“ als auch „Wie“ eines Einschreitens strikt

⁵¹³ vgl. dazu unter **III.2.b)**, sowie **III.6.a)**..

⁵¹⁴ Denninger in Lisken/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 311 Rn. 30 sowie bereits unter **III.2.e)**..

am Gebot der Verhältnismäßigkeit orientierten Interessenausgleich zu bringen.

Diese Vorgehensweise ist typischer Ausdruck des polizeirechtlichen Opportunitätsprinzips bzw. des polizeilicherseits auszuübenden „pflichtgemäßen Ermessens“, welches die Generalklausel gewährt. Mehr noch verlangt gerade diese mit ihrem Nebeneinander von unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessensspielräumen einen komplexen Entscheidungsvorgang und eine besonders sorgfältige Abwägung.⁵¹⁵ Umfasst wird davon sowohl ein Entschließungs- als auch Auswahlermessen. Die Polizei hat im Falle eines Einschreitens zu entscheiden, welches unter mehreren geeigneten und zulässigen Mitteln sie einsetzen will; von einem Einschreiten kann jedoch unter Umständen auch abgesehen werden, wenn es nach Lage des Falles nicht angemessen oder nicht zweckmäßig wäre.⁵¹⁶ Sie hat also das Gebot der Verhältnismäßigkeit vollumfänglich bei ihrer Ermessensausübung zu berücksichtigen. Auf polizeirechtlicher Ebene findet in diesem Punkt die genannte Abwägung zwischen den Abwehrrechten des nicht Einsichtsfähigen oder bei dauerhaft Erkrankten gegebenenfalls auch einem unterstützend wirkenden kollektiven Interesse an ihrer möglichst weitgehenden Integration auf der einen Seite und dem sicherheitsorientierten Schutz der sich selbst gefährdenden Person auf der anderen Seite statt. Der letztgenannte Schutz muss sich entsprechend und nach Maßgabe der im **IV. Abschnitt** angestellten Überlegungen als verhältnismäßig bzw. genauer gesagt als angemessen erweisen.

b) Spezielle Ermächtigungsgrundlagen

Beim Schutz nicht hinreichend einsichtsfähiger Personen vor den Auswirkungen ihres Handelns kommt für die Polizei eine Reihe von Rechtsgrundlagen in Betracht, die gegenüber der Generalklausel spezieller und daher vorrangig anwendbar sind, da sie Aufgaben und Grenzen der Gefahrenabwehr für einen sachlichen Teilbereich abschließend präzisieren. Dies gilt in zweifacher Hinsicht: zum einen hinsichtlich gesetzlicher Spezialmaterien

⁵¹⁵ vgl. Pausch, POR in Hessen, 4. Auflage, S. 245f..

⁵¹⁶ Pausch, POR in Hessen, 4. Auflage, S. 246; Kramer, Hessisches POR, S. 32 Rn. 63; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, § 24 S. 371f.; Mühl/Leggereit/Hausmann, POR Hessen, S. 83 Rn. 115; Hornmann, HSOG, § 11 Rn. 37; Meixner/Fredrich, HSOG, 10. Auflage, § 11 Rn. 11.

und zum anderen im Hinblick auf die polizeirechtlichen Standardmaßnahmen.

aa) Gesetzliche Spezialmaterien

Der Anwendungsbereich der polizeirechtlichen Generalklausel ist dann nicht eröffnet, wenn das Polizeirecht insgesamt von einer einheitlichen spezielleren Rechtsmaterie verdrängt wird – etwa von der Gewerbeordnung, dem Bau- oder Tierschutzrecht⁵¹⁷. Spezialmaterien wie diese schließen die Anwendung des allgemeinen Polizeirechts nach dem Grundsatz vom Vorrang des spezielleren Gesetzes regelmäßig aus, gleich ob sie sachgebietsbezogene Eingriffsermächtigungen oder – zusätzlich oder ausschließlich – generalklauselartige Befugnisnormen bereithalten.⁵¹⁸

Freilich bedeutet dies nicht zugleich, dass der Polizei in der Tradition ihrer typischen bzw. temporären Eilfallzuständigkeit nicht auch nach Maßgabe dieser speziellen Regelungsmaterien Aufgaben übertragen sein können, die bisweilen ebenfalls oder gerade ein Vorgehen gegen sich selbst gefährdende Personen zum Inhalt haben. So kommt der Polizei etwa bei der *Unterbringung* psychisch Kranker und daher nicht hinreichend einsichtsfähiger Personen, die eine Gefahr für sich selbst darstellen, verbreitet eine solche subsidiäre Eilfallkompetenz nach den Spezialgesetzen zu.⁵¹⁹ In Bremen etwa besteht die Möglichkeit einer „sofortigen Unterbringung“, wenn sie das einzige Mittel ist, um eine von dem psychisch Kranken ausgehende, gegenwärtige erhebliche Gefahr abzuwenden und eine gerichtliche Entscheidung zu spät käme; jedoch muss ein ärztliches Zeugnis über den Gesundheitszustand des Betroffenen vorliegen.⁵²⁰ Ähnlich verhält es sich auch im Bundesland Berlin.⁵²¹ In Hessen besteht nach § 10 HessFreihEntzG ebenso die Möglichkeit einer „sofortigen Ingewahrsamnahme“, wenn die Voraussetzungen für

⁵¹⁷ Meixner/Fredrich, HSOG, 10. Auflage, § 1 Rn. 20 mit weiteren Beispielen.

⁵¹⁸ Rachor in Liskin/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 651 Rn. 780; Meixner/Fredrich, HSOG, 10. Auflage, § 1 Rn. 20.

⁵¹⁹ Denninger in Liskin/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 395 Rn. 255.

⁵²⁰ § 14 Bremisches Gesetz über Hilfen und Schutzmaßnahmen bei psychischen Krankheiten vom 09.04.1979 (GBl. S. 123), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18.02.1992 (GVBl. S. 123).

⁵²¹ § 26 II PsychKG Berlin vom 08.03.1985 (GVBl. S. 586), zuletzt geändert am 17.03.1994 (GVBl. S. 86).

eine Unterbringung mit hoher Wahrscheinlichkeit vorliegen und Gefahr im Verzug besteht.⁵²²

Die Polizei wird auf der Grundlage speziell und einheitlich normierter Befugnisse bisweilen auch zum Schutz von Kindern und Jugendlichen tätig. So obliegen ihr Vollzugs- und Überwachungsaufgaben bei der Durchführung des Jugendschutzgesetzes⁵²³, wobei dessen Ermächtigungsgrundlagen auch und bisweilen gerade den Jugendlichen vor den Folgen und Auswirkungen seines eigenen Handelns zu schützen bezwecken – so etwa §§ 8 oder 10 I 2. Alt. JuSchG⁵²⁴.

Inwieweit die Spezialmaterie eine den Sachverhalt abschließend regelnde Exekutivnorm enthält, ist für den konkreten Sachverhalt freilich durch Auslegung zu ermitteln – dazu näher unter **VI.2.**

bb) Spezielle Standardmaßnahmen am Beispiel der polizeilichen Befugnis zur Ingewahrsamnahme

Ein Einschreiten auf Basis der Generalklausel scheidet jedoch zum anderen auch dann aus, wenn in den Polizeigesetzen selbst spezielle Befugnisnormen zu finden sind. Dies wird meistens im Wortlaut ausdrücklich klargestellt⁵²⁵, es ergibt sich jedoch darüber hinaus auch aus allgemeinen Grundsätzen.⁵²⁶ Hiermit sind die Standardmaßnahmen der Polizeigesetze angesprochen, durch die bestimmte, in der polizeilichen Praxis häufig vorkommende Maßnahmen typisiert werden. Ein Rückgriff auf die Generalklausel ist hier versperrt, sofern das angestrebte Vorgehen einem „Typus von Befugnis“ zuzu-

⁵²² Hessisches Gesetz über die Entziehung der Freiheit geisteskranker, geistesschwacher, rauschgift- oder alkoholsüchtiger Personen vom 19.05.1952 (GVBl. S. 111), zuletzt geändert am 05.02.1992 (GVBl. I S. 66).

⁵²³ Denninger in Liskin/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 395 Rn. 254; Jugendschutzgesetz vom 23.07.2002 (BGBl. I S. 2730), zuletzt geändert durch Gesetz vom 23.07.2004.

⁵²⁴ Jugendschutzgesetz vom 23.07.2002 (BGBl. I S. 2730), zuletzt geändert durch Gesetz vom 23.07.2004.

⁵²⁵ etwa § 10 I 1 2. HS PolG Bremen; § 11 2. HS HSOG; Art. 11 I 2. HS BayPAG; § 11 2. HS SOG Niedersachsen; § 8 I 2. HS Nordrhein-Westfalen; § 9 I 1 2. HS POG Rheinland-Pfalz; § 10 I 2. HS PolG Brandenburg; § 8 I 2. HS PolG Saarland; § 17 I 2. HS ASOG Berlin; § 12 I 2. HS PAG Thüringen.

⁵²⁶ Rachor in Liskin/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 651 Rn. 781; Meixner/Fredrich, HSOG, 10. Auflage, § 11 Rn. 2.

rechnen ist, der bereits durch eine solche Standardmaßnahme eine insofern abschließende Regelung erfahren hat und erfahren sollte.⁵²⁷

In diesem Sinne sind eine Reihe von Standardmaßnahmen denkbar, die im Zusammenhang mit „reiner“ Selbstgefährdung vorstellbar zur Anwendung kommen können. Beispielsweise könnte im Rahmen eines Platzverweises eine Person „zur Abwehr einer Gefahr“⁵²⁸ für sie selbst zum Verlassen eines bestimmten Ortes angehalten oder es könnte „zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr“⁵²⁹ eine Sache sichergestellt werden, mit der sich eine Person selbst zu verletzen droht. Insoweit ergeben sich jedoch keine Besonderheiten gegenüber der polizeirechtlichen Generalklausel. Darüber hinaus sind jedoch auch einige Standardmaßnahmen ersichtlich, die ihrer Konzeption nach erkennbar zumindest auch die spezifische Behandlung von Selbstgefährdungsfällen umfassen. So kann etwa eine Sache bei anzunehmender – verschuldeter oder unverschuldeter – „Hilflosigkeit“ einer Person durchsucht oder eine Wohnung betreten oder durchsucht werden.⁵³⁰ Dieses Tatbestandsmerkmal findet sich gleichermaßen bei der Befugnis zur Durchsuchung von Personen oder zur polizeilichen Ingewahrsamnahme, an welche bisweilen auch im Rahmen anderer Vorschriften angeknüpft wird.⁵³¹

Wie in diesem Bereich Situationen einer „reinen“ Selbstgefährdung zutage treten können bzw. wie hier mit ihnen nach Maßgabe der bislang gefundenen Erkenntnisse zur Selbstgefährdungssproblematik in der Auslegung umzugehen ist, soll hier exemplarisch an der paradigmatischen polizeilichen Befugnis zur Ingewahrsamnahme dargestellt werden.

⁵²⁷ vgl. Rachor in Liskin/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 651 Rn. 782 und S. 652 Rn. 784.

⁵²⁸ so etwa der Platzverweis nach § 31 I HSOG in der Fassung vom 14.01.2005 (GVBl. I S. 14), zuletzt geändert am 17.12.2005 (GVBl. I S. 674).

⁵²⁹ so etwa die Sicherstellung nach § 40 Nr. 1 HSOG in der Fassung vom 14.01.2005 (GVBl. I S. 14), zuletzt geändert am 17.12.2005 (GVBl. I S. 674).

⁵³⁰ so etwa die §§ 37 I Nr. 2 und 38 IV HSOG in der Fassung vom 14.01.2005 (GVBl. I S. 14), zuletzt geändert am 17.12.2005 (GVBl. I S. 674).

⁵³¹ in Hessen mit annähernd identischem Wortlaut die §§ 32 I Nr. 1 und 36 I Nr. 2 HSOG in der Fassung vom 14.01.2005 (GVBl. I S. 14), zuletzt geändert am 17.12.2005 (GVBl. I S. 674); an die Befugnis zur polizeilichen Ingewahrsamnahme wird in Hessen etwa in den §§ 37 II Nr. 1 und 38 III HSOG angeknüpft, wonach eine Sache oder Wohnung (betreten und) durchsucht werden kann, wenn anzunehmen ist, dass sich darin Personen befinden, die in Gewahrsam genommen werden dürfen.

(1) Die Befugnis zum sogenannten „Schutzgewahrsam“

Mit Blick auf einen Schutz des nicht einsichtsfähig Handelnden vor den Auswirkungen seines eigenen Verhaltens sei in diesem Zusammenhang zunächst die Standardbefugnis zum sogenannten „Schutzgewahrsam“⁵³² genannt, die typischerweise auch und gerade in Situationen der Selbstgefährdung relevant werden kann.

Möglich ist ein solcher zunächst, wenn sich die Person in einem die freie Willensbildung ausschließenden Zustand befindet. Hierunter wird verbreitet die Situation verstanden, dass entweder schon eine Willensbetätigung ausscheidet oder dass zwar eine solche noch möglich ist, nicht aber die (körperliche) Möglichkeit besteht, noch nach ihr zu handeln.⁵³³ Dies kann etwa bei schweren Rauschzuständen, epileptischen Anfällen, Bewusstlosigkeit oder massiven Nervenschocks der Fall sein.⁵³⁴ Gilt es derlei Situationen durch Gefahrenabwehr zu bereinigen, wird es sich jedoch vielfach nicht um einen tatsächlichen Eingriff in das Recht des sich selbst gefährdenden Einzelnen auf Selbstbestimmung handeln. Ist die zu schützende Person zur Willensbetätigung oder deren Kundgabe gänzlich außer Stande, ist sie zum Beispiel bewusst- und damit willenlos, so wird man auf ihren vermuteten bzw. hypothetischen Willen abstellen und somit in der polizeilichen „Ex-ante-Betrachtung“ regelmäßig davon ausgehen müssen, dass diesem die freilich schonend durchgeführte polizeiliche Ingewahrsamnahme zu eigenem Schutz entspricht.⁵³⁵ Ein Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht der Person liegt demnach bei der Ingewahrsamnahme in der polizeirechtlichen „Ex-ante-Betrachtung“ regelmäßig nicht vor.

⁵³² § 32 I Nr. 1 HSOG; § 28 I Nr. 2 PolG Baden-Württemberg; Art. 17 I Nr. 1 Bay PAG; § 30 I Nr. 1 ASOG Berlin; § 17 I Nr. 1 PolG Brandenburg; § 15 I Nr. 1 PolG Bremen; § 13 I Nr. 1 SOG Hamburg; § 55 I Nr. 1 SOG Mecklenburg-Vorpommern; § 18 I Nr. 1 SOG Niedersachsen; § 35 I Nr. 1 PolG Nordrhein-Westfalen; § 14 I Nr. 1 POG Rheinland-Pfalz; § 13 I Nr. 1 POG Saarland; § 22 I Nr. 2 PolG Sachsen; § 37 I Nr. 2 SOG Sachsen-Anhalt; § 204 I Nr. 1 LVwG Schleswig-Holstein; § 19 I Nr. 1 PAG Thüringen.

⁵³³ etwa Rachor in Liskin/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 593 Rn. 580; Meixner/Fredrich, HSOG, 10. Auflage, § 32 Rn. 7; Mühl/Leggereit/Hausmann, POR Hessen, S. 125 Rn. 202.

⁵³⁴ Meixner/Fredrich, HSOG, 10. Auflage, § 32 Rn. 7.

⁵³⁵ vgl. Hillgruber, S. 122; siehe auch Rachor in Liskin/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 593 Rn. 584.

Ein solcher Eingriff gegen den Willen des sich selbst bestimmenden Einzelnen ist allenfalls dann vorstellbar, wenn von der „Willensgemäßheit“ des Schutzhandelns in der polizeitypischen „Ex-ante-Betrachtung“ nicht ausgegangen werden könnte bzw. wenn bei verständiger Würdigung des Einzelfalls seitens der Polizei der Wille gegen ein Schutzhandeln vermutet werden müsste. Auch in diesem Fall kann das Selbstbestimmungsrecht jedoch konsequenterweise dann überwunden werden, wenn sich ein Einschreiten als verhältnismäßig erweisen würde und der vermutete Wille nicht als freiverantwortlich bzw. einsichtsfähig zustandegekommen einzuschätzen wäre. Letzteres wird man dann annehmen können, wenn davon auszugehen ist, dass auch bei der Bildung des vermuteten Willens das Risiko nicht umfassend bedacht worden ist bzw. wäre. Es handelt sich dabei hingegen um einen eher theoretischen Fall. Befindet sich nämlich eine Person etwa in einem der oben bezeichneten, die Willensbildung ausschließenden Zustand und zugleich in einer für sie gefährlichen Lage, so wird man in der polizeilichen Betrachtung auf Primärebene regelmäßig ohnehin davon ausgehen können und müssen, dass ein entsprechendes Schutzhandeln der Polizei willensgemäß ist.

Für Fälle einer völligen Willenslosigkeit mag sich darüberhinaus in diesem Zusammenhang auch das Problem der Wirksamkeit sogenannter „Vorausverfügungen“ stellen, also der „Selbstbestimmung durch zukunftsweisende Festlegung“⁵³⁶. So mag es vorkommen, dass bei Bewusstsein, d.h. vor Eintritt der Willensunfähigkeit, für die konkrete Situation ein entgegenstehender Wille geformt worden ist und eben diese Situation nun vorliegt. Solche Vorausverfügungen sind grundsätzlich möglich und können ein Eingreifen im Einzelfall kraft entgegenstehenden Willens unzulässig machen. Andernfalls würde etwa die Einwilligung in eine operative Heilbehandlung ihre rechtfertigende Wirkung im Moment der narkosebedingten Bewusstlosigkeit verlieren, also genau in dem Zeitpunkt, zu dem sie sie eigentlich entfalten soll.⁵³⁷ Um ein polizeiliches Schutzhandeln per se ausschließen zu können, ist jedoch auch hierbei die völlige Einsichtsfähigkeit und Willensfreiheit der Person im Zeitpunkt der Vorausverfügung zu fordern. In diesem Sinne wird die Polizei allerdings bei der typischen situationsabhängigen und effektivi-

⁵³⁶ Stern, Staatsrecht, Bd. III, 1. Teilband, § 66 S. 642.

⁵³⁷ Hillgruber, S. 122 m.w.N..

tätsorientierten Gefahrenabwehr nur selten hinreichende Anhaltspunkte haben, um von einer solchen rechtswirksamen Vorausverfügung bzw. dem Vorliegen ihrer Voraussetzungen bei konkret völliger Willenlosigkeit ausgehen zu können. So sind von vorneherein tatsächlich hinreichend bestimmte und daher rechtswirksame Vorausverfügungen oder auch nur im Vorfeld hinreichend bestimmbar Situationen nicht alltäglich. Der einen Vollrausch beabsichtigende Besucher eines Volksfestes etwa wird im anfänglichen Zustand der Nüchternheit kaum eine hinreichend bestimmte, nachvollziehbare und die möglichen Risiken umfänglich bewertende „Vorausverfügung“ für spätere Gefahren während eines zu erwartenden, die Willensbildung ausschließenden Zustands treffen können oder auch nur wollen. In Ermangelung hinreichender Einsichtsfähigkeit bzw. Bestimmbarkeit der Situation oder des Risikos und des Inhalts der Verfügung kann diese polizeiliches Einschreiten dann aber auch nicht rechtswirksam per se ausschließen.

Im Übrigen ist eine Ingewahrsamnahme über die Alternative eines die Selbstbestimmung völlig ausschließenden Zustands hinaus auch dann möglich, wenn sich die betreffende Person „sonst“ in hilfloser Lage befindet. Dies wird als gegeben angesehen, wenn sie sich – verschuldet oder unverschuldet – in einer gefährlichen Situation nicht (zumutbar) selbst helfen kann.⁵³⁸

Auch hierbei sind zunächst vor allem solche Fallgestaltungen denkbar, in denen ein Schutzhandeln seitens der Polizei durchaus willkommen ist und deshalb vielfach keinen tatsächlichen Eingriff in die Selbstbestimmung des „Opfers“ darstellen wird. Zu denken wäre etwa an die Bergung Verunglückter.⁵³⁹

Eröffnet ist angesichts der staatlichen Aufgabe zur Sicherheitsgewährung jedoch auch gerade ein „aufgedrängtes“ Einschreiten gegen den sich selbst Gefährdenden, der diesen Schutz zwar nicht will, den mit der konkreten Situation allein zu lassen jedoch unzumutbar wäre – also gegen den hilflosen bzw. hilfsbedürftigen nicht hinreichend Einsichtsfähigen, der die Tragweite

⁵³⁸ vgl. Rachor in Liskin/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 593 Rn. 581.

⁵³⁹ vgl. Rachor in Liskin/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 593 Rn. 581 m.w.N..

seines Handelns nicht abschätzen kann. Letzteres muss auch stets Voraussetzung für das Tatbestandsmerkmal der „Hilflosigkeit“ sein, sofern es sich um ein Vorgehen gegen „reine“ Selbstgefährdung, also einen „aufgedrängten“ Schutz, handelt, da im Übrigen keine grundrechtliche Schutzpflicht und somit schon im Grundsatz keine Schutzberechtigung besteht. Die allgemeine Möglichkeit der Ingewahrsamnahme hilfloser Personen zu deren eigenem Schutz – gleich, ob sie sich in einem die Willensbildung ausschließenden Zustand befinden oder im Übrigen hilflos sind – spiegelt also durchaus die sicherheitsorientierte Schutzpflicht des Staates zu Gunsten nicht freiverantwortlich Handelnder wider, denen ein selbständiger Schutz nicht zumutbar zu überantworten bzw. deren Verzicht auf diesen Schutz unwirksam ist.⁵⁴⁰ In diesem Sinne ist ein verhältnismäßiges Vorgehen gegen nicht hinreichend einsichtsfähige Kinder und ältere Menschen zulässig.⁵⁴¹ Soweit die Ingewahrsamnahme sich selbst gefährdender geistes- oder suchtkranker Erwachsener durch die Polizei nicht bereits speziell in der Ländergesetzen geregelt ist⁵⁴², wären auch solche Fälle in den Tatbestand miteinzubeziehen. Auch insoweit ist das einfache Polizeirecht aus der verfassungsrechtlichen Perspektive auszulegen und zu bestimmen. Das Verfassungsrecht kann die Interpretation und Analyse einfachrechtlicher Normen dabei freilich nicht ersetzen, aber es kann und muss sie untermauern, lenken und in Einzelfällen den Ausschlag geben.⁵⁴³

(2) Die Befugnis zur Ingewahrsamnahme Minderjähriger

Ferner soll in diesem Kontext noch auf die Standardbefugnis zur Ingewahrsamnahme Minderjähriger eingegangen werden. So halten die Polizeigesetze der meisten Bundesländer – Ausnahmen sind Baden-Württemberg und Niedersachsen – eine Befugnis bereit, Minderjährige in Gewahrsam zu nehmen, die sich der Obhut der Sorgeberechtigten entzogen haben, um sie

⁵⁴⁰ vgl. hierzu unter **III.2.** und **6.**

⁵⁴¹ vgl. Rachor in Liskén/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 593 Rn. 581 m.w.N..

⁵⁴² in Hessen zum Beispiel geschehen durch § 10 Hessisches Gesetz über die Entziehung der Freiheit geisteskranker, geistesschwacher, rauschgift- oder alkoholsüchtiger Personen vom 19.05.1952 (GVBl. S. 111), zuletzt geändert am 05.02.1992 (GVBl. I S. 66).

⁵⁴³ Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, S. 233.

diesen oder dem Jugendamt zuzuführen.⁵⁴⁴ Es soll sich kurz mit der Frage befassen werden, ob – was zunächst nahe liegend erscheinen mag – auch diese Norm Ausdruck polizeilich betriebenen Schutzes des nicht hinreichend Einsichtsfähigen bei der „reinen“ Selbstgefährdung sein bzw. bei deren Verhinderung zum Tragen kommen kann und welche Konsequenzen sich im Lichte der bisher angestellten Überlegungen für die Auslegung der Norm ergeben.

Wie allgemein angenommen wird, hat sich der Minderjährige der Obhut des Sorgeberechtigten per definitionem dann „entzogen“, wenn er sich für eine gewisse Dauer ohne oder gegen den Willen des Sorgeberechtigten entfernt hat und diesem der Aufenthaltsort nicht bekannt ist.⁵⁴⁵ In dieser Definition wie auch dem übrigen Wortlaut wird die Schutzrichtung deutlich, die der Norm ihrer Konzeption nach ursprünglich zugrunde gelegt worden ist:

Sie soll die polizeiliche Aufgabe zum Schutz des Sorgerechts als einen Teilbereich der öffentlichen Sicherheit – in der Verletzung des Sorgerechts wird zugleich ein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit gesehen – konkretisieren bzw. der Polizei die Möglichkeit geben, dieser Aufgabe zu entsprechen.⁵⁴⁶ Weil Schutzzweck der Maßnahme das Sorgerecht sei, sei es auch nicht erforderlich, dass dem Kind oder Jugendlichen eine Gefahr unmittelbar drohe oder eine solche von ihm ausgehe.⁵⁴⁷ Bliebe es hierbei, wären Selbstgefährdungen der Individualrechtsgüter des Minderjährigen nicht von diesem Schutzzweck erfasst.

Hiergegen sind jedoch rechtliche Bedenken erhoben worden. So gehöre ein Schutz des elterlichen oder vormundschaftlichen Sorgerechts nicht zum Aufgabenkreis der Polizei.⁵⁴⁸ Zudem werde das abstrakte Sorgerecht nicht dadurch beeinträchtigt, dass sich der Minderjährige der Obhut der Eltern entzieht; habe sich ein Minderjähriger der Obhut entzogen, so habe dies im

⁵⁴⁴ § 32 II HSOG; Art. 17 II PAG; § 30 II ASOG Berlin; § 15 II PolG Bremen; § 17 II PolG Brandenburg; § 13 II SOG Hamburg; § 55 II SOG Mecklenburg-Vorpommern; § 35 II PolG Nordrhein-Westfalen; § 14 II POG Rheinland-Pfalz; § 13 II PolG Saarland; § 22 II PolG Sachsen; § 19 II PAG Thüringen; § 37 II SOG Sachsen-Anhalt; § 204 II LVwG Schleswig-Holstein.

⁵⁴⁵ etwa Meixner/Fredrich, HSOG, 10. Auflage, § 32 Rn. 21.

⁵⁴⁶ vgl. amtliche Begründung zu § 32 HSOG, LT-Drucks. 12/5794, und zu § 13 PolG Saarland, LT-Drucks. 9/1929.

⁵⁴⁷ vgl. Nr. 17.5 der Vollzugsbekanntmachung zu Art. 17 BayPAG.

⁵⁴⁸ Rachor in Lisken/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 594 Rn. 586.

Hinblick auf die elterliche Sorge nur zur Folge, dass die Eltern ihrer gesetzlichen Pflicht zur Ausübung dieser Sorge aus tatsächlichen Gründen nicht mehr nachkommen können.⁵⁴⁹ Die Herstellung solcher tatsächlichen Voraussetzungen – ohne dass eine Gefahr für (die Individualrechtsgüter der) Person des Minderjährigen selbst vorliege – sei hingegen nicht Aufgabe der Polizei, weshalb das Jugendschutzgesetz (§ 8 Nr. 2 JuSchG) mit seiner in den Ländern bestehenden Eilkompetenz der Polizeikräfte das polizeiliche Handeln zum Schutz Minderjähriger im Punkte der Ingewahrsamnahme abschließend regelt.⁵⁵⁰ Mit dieser Argumentation müsste die polizeiliche Befugnis – wenn man sie nicht generell verwerfen will – jedenfalls so ausgelegt werden, dass ein Minderjähriger nur dann durch die Polizei den Eltern oder subsidiär dem Jugendamt zugeführt werden kann, wenn ihm infolge seines „Ausreißen“ auch tatsächlich selbst eine Gefahr droht. Mit diesem Schutzzweck zugunsten der Individualrechtsgüter könnten gegebenenfalls auch Selbstgefährdungen Gegenstand der Regelung sein.

Stellt man auch hier wiederum eine – nach dem obigen Gang der Untersuchung letztlich gebotene – Betrachtung aus verfassungsrechtlicher, mithin aus der Perspektive grundrechtlicher Schutzpflichten und der staatlichen Aufgabe zu umfassender Sicherheitsgewährung an, so kann den Bedenken hingegen in dieser pauschalen Form nicht gefolgt werden. Um der verfassungsrechtlichen Garantie zu genügen, muss nämlich das Polizei- und Ordnungsrecht so beschaffen sein, dass die Exekutive zu einer hinreichenden Sicherheitsgewährung im Einzelfall in der Lage ist; einzuräumen sind ihr insbesondere ausreichende – und gerade auch in hinreichendem Maß klare und bestimmte – Befugnisse zur Sicherheitsgewährleistung.⁵⁵¹ Diese Befugnisse müssen von einer mindestens subsidiär zuständigen staatlichen Stelle zur allgemeinen Gefahrenabwehr wahrgenommen werden, zu deren Einrichtung eine Pflicht besteht.⁵⁵² Beides ist Ausdruck und Inhalt der die Sicherheitsgewährung hauptsächlich prägenden Schutzpflichten aus den Freiheits-

⁵⁴⁹ Rachor in Liskén/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 594 Rn. 586.

⁵⁵⁰ Rachor in Liskén/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 594 Rn. 586.

⁵⁵¹ Möstl, S. 426.

⁵⁵² Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, S. 233.

rechten, ohne dass etwa zusätzlich ein „öffentliches Interesse“ zu fordern wäre.⁵⁵³

Vor diesem Hintergrund kann nicht behauptet werden, die „Sicherheit“ zur Wahrnehmung des in diesem Sinne grundrechtlich verbürgten Sorgerechts durch die Eltern gehöre nicht zum Bereich der öffentlichen Sicherheit und somit nicht zum Aufgabenkreis der Polizei. Ebenso wenig ist einzusehen, warum eben diese Rechtsposition nicht dadurch beeinträchtigt werden können soll, dass sich der Minderjährige der elterlichen Obhut dauerhaft im obigen Sinne „entzogen“ hat und für die Eltern keine Möglichkeit der Wiedererlangung besteht, da sie nicht um den Aufenthaltsort ihres Schützlings wissen. Der Minderjährige gefährdet in diesem Fall die Rechtsposition der sorgeberechtigten Eltern, was sicherheitsorientierte Schutzpflichten auslösen kann. Ob der Minderjährige den Eltern daraufhin tatsächlich im Wege der Ingewahrsamnahme durch die Polizei wieder zugeführt werden kann oder ob gegebenenfalls auch nur eine Benachrichtigung der Eltern zulässig wäre, gilt es freilich nach Maßgabe eines im polizeilichen Ermessen („kann“) verankerten, verhältnismäßigen Interessenausgleichs zwischen seinem Selbstbestimmungsrecht und den elterlichen Sorgeinteressen zu entscheiden – hierbei wird natürlich auch das Alter des „Ausreißers“ eine Rolle spielen. Jedenfalls wird die Polizei zum Schutze der Sorgerechtsposition der Eltern tätig und gewährleistet in diesem Sinne die „Sicherheit zur Wahrnehmung“.

Kritik an der Vorschrift lässt sich allerdings in einem Exkurs gegenüber der undifferenzierenden Nennung des „Sorgeberechtigten“ erheben. Solches bezeichnet in Anlehnung an die einschlägigen Regelungen des BGB im Regelfall die Eltern bzw. den gegebenenfalls im Einzelfall allein berechtigten Elternteil oder aber Pflegeeltern im Sinne der §§ 1626ff. BGB. Es kann jedoch mit dem diesem Wortlaut auch ein nach Maßgabe der §§ 1773ff. BGB bestellter Vormund gemeint sein.

Das grundrechtliche Elternrecht schützt jedoch namentlich nur ein Recht der Eltern oder aber der gesetzlichen Adoptiv- oder Pflegeeltern, die in der Auslegung auch in den Schutzbereich miteinbezogen werden.⁵⁵⁴ Durch eine Beschränkung vormundschaftlicher Befugnisse hingegen wird das grundrecht-

⁵⁵³ hierzu ausführlich im **Abschnitt I**.

⁵⁵⁴ vgl. BVerfGE 68, 176 (187); Piroth/Schlink, 24. Auflage, S. 169 Rn. 668.

lich verbürgte Elternrecht nicht betroffen. Der eventuell sorgeberechtigte Vormund ist als solcher nicht Mitglied der Familie, sondern lediglich „Vertrauensperson“ des Staates, dessen Rechtsstellung auf seiner Ernennung als einem staatlichen Hoheitsakt statt auf einem natürlichen Verhältnis und gesetzlichen Tatbestand beruht; seine Gewalt ist nicht elterliche Gewalt, wenn sie dieser auch weitgehend nachgebildet ist.⁵⁵⁵

Damit kann sich eine tatsächliche, sicherheitsorientierte Schutzpflicht des Staates jedenfalls aus der verfassungsrechtlichen Perspektive zwar zu Gunsten des Sorgerechts der Eltern im umfassenden Sinne, nicht jedoch zu Gunsten des Sorgerechts eines Vormunds ergeben. Es erschiene auch geradezu widersinnig, wenn die Person, die als „Beauftragter des Staates“ die Sorge für den Minderjährigen wahrnimmt, sich diesem gegenüber auf ein entsprechendes, gar grundrechtlich verbürgtes Anrecht bezüglich dieser Stellung berufen könnte. Besteht allerdings keine Schutzpflicht zugunsten eines Elternrechts, so kann dieses auch nicht verhältnismäßig und insoweit überzeugend die Schutzrichtung der Vorschrift darstellen. Eine polizeiliche Ingewahrsamnahme kann dann vom verfassungsrechtlichen Standpunkt aus als Eingriff in die Selbstbestimmung des Minderjährigen tatsächlich nur noch über eine diesem selbst drohende oder von ihm ausgehende Gefahr gerechtfertigt werden, nicht mehr jedoch schon im Vorfeld dieser Situation im Wege eines Schutzes der elterlichen Sorge – insoweit ist den kritischen Stimmen⁵⁵⁶ durchaus Recht zu geben.

Betrachtet man demnach die Befugnis zur Ingewahrsamnahme „ausgerissener“ Minderjähriger unter Sicherheitsaspekten im Lichte der grundrechtlichen Schutzpflicht zu Gunsten des Elternrechts, so ist lediglich nicht ersichtlich, warum der Tatbestand undifferenziert an die Stellung als Sorgeberechtigter anknüpft. Nahezulegen wäre eine Beschränkung auf den verfassungsrechtlichen Begriff der „elterlichen Sorge“ – dies hat oder hätte jedenfalls im Wege der verfassungskonformen Auslegung zu erfolgen. In diesem Sinne muss auch die subsidiäre Möglichkeit aufgefasst werden, den Minderjährigen statt den Eltern dem Jugendamt zuzuführen. Dies gilt insofern nur dann, wenn es die Wahrnehmung des Sorgerechts durch die Eltern zwar zu sichern gilt, die elterliche Sorge aber derzeit nicht ausgeübt werden kann

⁵⁵⁵ vgl. BVerfGE 10, 302 (328); vgl. auch bereits unter **IV.2.a).ee).**

⁵⁵⁶ Rachor in Lisken/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 594 Rn. 586.

bzw. die entsprechend Sorgeberechtigten nicht erreichbar sind – wenn also nach wie vor das Elternrecht Schutzzweck der polizeilichen Befugnis bleibt. Andernfalls kann auch hier aus verfassungsrechtlicher Perspektive nur eine vom Minderjährigen ausgehende oder ihm drohende tatsächliche Gefahr bzw. – in der letztgenannten Variante – eine entsprechende Schutzpflicht zu Gunsten *seiner* Individualrechtsgüter die Ingewahrsamnahme rechtfertigen.

Abschließend gilt es deshalb in Bezug auf Fälle einer reinen Selbstgefährdung des Minderjährigen und seine polizeiliche Ingewahrsamnahme auch Folgendes festzuhalten:

Da die verbreitet bestehende polizeiliche Befugnis zur Ingewahrsamnahme minderjähriger „Ausreißer“ den Schutzzweck zu Gunsten des Sorgerechts der Eltern, Adoptiv- oder Pflegeeltern – nur diese „Sorgeberechtigten“ sind aus verfassungsrechtlicher Perspektive von der Vorschrift erfasst – verfolgt und somit einer tatsächlichen Gefahr für Individualrechtsgüter des Minderjährigen gleichsam bereits „vorgelagert“ ist, kann sie die Behandlung einer „reinen“ Selbstgefährdung des Minderjährigen entgegen erstem Anschein nicht zum Gegenstand haben. Schutzgegenstand ist vielmehr die „sichere“ Wahrnehmung der elterlichen Erziehung nach Maßgabe der entsprechenden grundrechtlichen Schutzpflicht, ohne dass es einer tatsächlich bestehenden Gefahrensituation für den Minderjährigen bedürfte.

cc) Verankerung der Selbstgefährdungsproblematik bei Standardmaßnahmen und gesetzlichen Spezialmaterien

Auch im Rahmen von der Polizei auszuführender gesetzlicher Spezialmaterien und der polizeilichen Standardmaßnahmen findet der verhältnismäßige Interessenausgleich ebenso wie bei der Generalklausel typischerweise auf der Ebene des polizeilicherseits auszuübenden „pflichtgemäßen Ermessens“ statt. Hier hat die für Fälle der „reinen“ Selbstgefährdung charakteristische Gegenüberstellung von Schutzpflicht – sofern eine solche besteht – und Selbstbestimmung des zu schützenden Adressaten der Maßnahme zu erfolgen. Sofern ein Ermessen gesetzlich gewährt wird, gilt dies sowohl bezüglich des Entschließungs- als auch Auswahlermessens.

Wird ein solches nicht ausdrücklich gewährt und ist eine Rechtsfolge nicht vorgegeben, so ist dennoch das Verhältnismäßigkeitsgebot als Maßstab eines jeden staatlichen Handelns stets zu berücksichtigen – vgl. etwa § 8 JuSchG⁵⁵⁷. Bei gebundenen Maßnahmen muss der Tatbestand den Kriterien des Prinzips ebenso entsprechen um verfassungsmäßig zu sein.

2. Zusammenfassung

Die staatliche Gewährleistung öffentlicher Sicherheit und in diesem Kontext auch ein Schutz gegen die „reine“ Selbstgefährdung von Individualrechtsgütern finden durch die Polizei auf der Grundlage gesetzlicher Spezialmaterien oder bisweilen auch der Standardmaßnahmen und subsidiär auf der Grundlage der Generalklausel statt. Jeweils gilt es Gehalt und Grenzen anhand verfassungsrechtlicher Maßstäbe zu messen und zu ermitteln.

Im Rahmen der Generalklausel oder der diese variierenden und präzisierenden gesetzlichen Spezialmaterien liegt dabei eine Gefahr für die Individualrechtsgüter des Einzelnen im Falle einer „reinen“ Selbstgefährdung nur vor, wenn eine entsprechende Schutzpflicht besteht.

Auch im Bereich der Standardmaßnahmen kann bisweilen ein Schutz vor Selbstgefährdung erfolgen. Einige sind hierauf sogar im Wesentlichen ausgerichtet. Bei dem in dieser Hinsicht zentralen, sogenannten „Schutzgefahr“ etwa setzt der Tatbestand die „Hilflosigkeit“ der betreffenden Person voraus. Handelt es sich im konkreten Fall um eine „reine“ Selbstgefährdung und steht ein „aufgedrängter“ Schutz hiergegen zur Disposition, so ist Voraussetzung auch hierfür kraft verfassungsrechtlicher Determination stets die mangelnde Freiverantwortlichkeit bzw. Einsichtsfähigkeit des Handelnden, da im Übrigen keine grundrechtliche Schutzpflicht und somit schon im Grundsatz keine Schutzberechtigung besteht.

Der Ausgleich zwischen Selbstbestimmung und Schutz findet in der Folge innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung bzw. auf der Ebene des nach dem Opportunitätsprinzip typischerweise eingeräumten Ermessens statt.

⁵⁵⁷ § 8 Jugendschutzgesetz in der Fassung vom 23. Juli 2002 (BGBl. I 2730), zuletzt geändert am 23.07.2004 (BGBl. I S. 1857): „..... hat die zuständige Behörde oder Stelle die zur Abwehr der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu treffen.“

Da die verbreitet bestehende polizeiliche Befugnis zur Ingewahrsamnahme minderjähriger „Ausreißer“ den Schutzzweck zu Gunsten des Sorgerechts der Eltern, Adoptiv- oder Pflegeeltern – nur diese „Sorgeberechtigten“ sind aus verfassungsrechtlicher Perspektive von der Vorschrift erfasst – verfolgt und somit einer tatsächlichen Gefahr für Individualrechtsgüter des Minderjährigen gleichsam bereits „vorgelagert“ ist, kann sie die Behandlung einer „reinen“ Selbstgefährdung des Minderjährigen entgegen erstem Anschein nicht zum Gegenstand haben. Schutzgegenstand ist vielmehr die „sichere“ Wahrnehmung der elterlichen Erziehung nach Maßgabe der entsprechenden grundrechtlichen Schutzpflicht, ohne dass es einer tatsächlich bestehenden Gefahrensituation für den Minderjährigen bedürfte.

VI. Abschnitt: Die Grenzen des polizeilichen Aufgabenbereichs

1. Allgemeines

Abschließend stellt sich ferner die Frage, wie trotz aller, der Verfassungsausstrahlung auf das Polizeirecht und insbesondere die Generalklausel geschuldeten Gemeinsamkeiten zwischen gesetzgeberischer und polizeirechtlicher Ebene zu unterscheiden ist. Schließlich können die exekutiven Befugnisse trotz im Sinne einer effektiven Gefahrenabwehr weit gehaltener, generalklauselartiger Tatbestände nicht denen des Gesetzgebers gleichkommen.

Damit ist im weiteren Sinne der verfassungsrechtliche Problemkreis in Bezug auf das Gewicht der legislativen Gewalt angesprochen. So sind Bedenken laut geworden und aktuell geblieben, dass infolge der Ausweitung vom liberalen hin zu einem gestaltenden bzw. objektiven Grundrechtsverständnis und infolge einer zunehmenden „Rechtssetzungsverlagerung zur Exekutive“ ein „Übergang vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsrechtlichen Jurisdiktionsstaat“⁵⁵⁸ zu befürchten stehe. Dem kann man nach den im **I. Abschnitt** angestellten Überlegungen hingegen nicht sinnvoll mit einer „Entobjektivierung“ der Grundrechte⁵⁵⁹ und einer damit letztlich verbundenen Rückkehr zur „traditionellen Auffassung“ begegnen. Dies würde die in diesem Zusammenhang aufgezeigte „Mehrdimensionalität des Freiheitsproblems“⁵⁶⁰ insgesamt leugnen, zu dessen Ausgleich gerade der Staat im Sinne positiver Gewährleistung berufen ist.⁵⁶¹

Um die legislative Verantwortung hervorzuheben, gilt es vielmehr, klarstellend auf die der Polizei und gerade auch der allgemein gehaltenen Generalklausel gesetzten Grenzen einzugehen. Freilich betrifft dies nicht lediglich Fälle einer Selbstgefährdung, wenngleich in diesem Zusammenhang typischerweise vorab eine geringere Regelungsdichte besteht. Ebenso wie im **I. Abschnitt** ein allgemeiner Einstieg in das Thema gewählt wurde, soll nunmehr jedoch auch ein ebensolcher, die maßgeblich auf das Fundament

⁵⁵⁸ Böckenförde in Der Staat, Band 29 (1990), 1 (24ff.).

⁵⁵⁹ Begriff und Kritik bei Meßerschmidt, Gesetzgebungsermessen, Berlin 2000, S. 372ff..

⁵⁶⁰ Begriff bei Schuppert, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, S. 26f..

⁵⁶¹ Meßerschmidt, Gesetzgebungsermessen, Berlin 2000, S. 1074; vgl. auch die Ausführungen unter **I.3.b).bb).(3)**..

grundrechtlicher Schutzpflichten gestützte Lösung insoweit abrundender Ausstieg erfolgen.

2. Abschließende Regelungen

Wie dies bereits in den obigen Ausführungen angeklungen ist, muss die Grenze polizeilichen Vorgehens von vorneherein dort gezogen werden, wo spezielle Befugnisse – seien es gesetzliche Spezialmaterien oder Standardmaßnahmen – existieren, die in der Auslegung zum einen die konkrete Situation nicht erfassen und sich zum anderen darüber hinaus als abschließend erweisen. Ein Rückgriff auf die polizeirechtliche Generalklausel scheidet in diesem Falle aus.

Im Bereich der Standardmaßnahmen ist ein solcher Rückgriff demnach versperrt, sofern das angestrebte Vorgehen einem „Typus von Befugnis“ zuzurechnen ist, der bereits durch eine solche Standardmaßnahme eine insofern abschließende Regelung erfahren hat und erfahren sollte.⁵⁶² So können etwa die körperliche „Durchsuchung“ und die „Untersuchung“ schon wegen der begrifflichen Abgrenzungsschwierigkeiten aber auch wegen einer sachlichen Nähebeziehung dem gleichen „Maßnahmetypus“ zugeordnet werden; wenn nunmehr beispielsweise ein Polizeigesetz die Befugnis zur körperlichen Durchsuchung beinhaltet, nicht jedoch diejenige zur Untersuchung, muss in der Auslegung davon ausgegangen werden, dass letzteres nicht gewollt war bzw. die polizeilichen Befugnisse insoweit abschließend normiert sind.⁵⁶³ Ein Rückgriff auf die Generalklausel scheidet aus. Die Polizei darf – jedenfalls zur Gefahrenabwehr⁵⁶⁴ – nicht tätig werden.

Im Bereich sachgebietsbezogener gesetzlicher Spezialmaterien ist ebenfalls im Wege der Auslegung zu erörtern, ob bzw. inwieweit eine solche den Sachverhalt abschließend regelt bzw. regeln soll. So ist beispielsweise eine Unterbringung nach § 1 des hessischen Freiheitsentziehungsgesetzes⁵⁶⁵ von vorneherein nur im Falle einer Geisteskrankheit oder –schwäche oder einer

⁵⁶² vgl. Rachor in Liskén/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 651 Rn. 782 und S. 652 Rn. 784.

⁵⁶³ Rachor in Liskén/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 652 Rn. 784.

⁵⁶⁴ bei Strafverfolgungszwecken als Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft siehe § 81a StPO.

⁵⁶⁵ Gesetz über die Entziehung der Freiheit geisteskranker, geistesschwacher, rauschgift- oder alkoholsüchtiger Personen in der Fassung vom 19.05.1952 (GVBl. I S. 111), zuletzt geändert am 15.07.1997 (GVBl. I S. 217).

Rauschgift- oder Alkoholsucht möglich. Im Umkehrschluss bedeutet dies ferner, dass sie bei einer den Betroffenen an der freiverantwortlichen Entscheidung hindernden Spielsucht nicht möglich ist und demnach die Polizei auch keine sofortige Ingewahrsamnahme mit dem Ziel einer späteren Unterbringung nach § 10 des hessischen Freiheitsentziehungsgesetzes anordnen und vollziehen darf. Beides kann jedoch nach Sinn und Zweck nicht zugleich bedeuten, dass auch schon jeder Gewahrsam nach § 32 HSOG⁵⁶⁶ subsidiär zu demjenigen nach dem Freiheitsentziehungsgesetz ausgeschlossen wäre; dies gilt nicht einmal, wenn es sich um einen in besagter Weise Betroffenen handelt:

Die „sofortige Ingewahrsamnahme“ ist als Eilfallkompetenz nur dann zulässig, wenn die Voraussetzungen einer dauerhaften Unterbringung mit hoher Wahrscheinlichkeit vorliegen und Gefahr im Verzug besteht. Sie erfolgt deshalb zwar zur Abwehr von Gefahren für den Betroffenen, dies geschieht jedoch seitens der Polizei in erster Linie durch die „Sicherung“ der Möglichkeit zur Unterbringung des Betroffenen als letztem Erfolg versprechenden Mittel zur Bekämpfung seines ihn gefährdenden Zustands. Demgegenüber ist eine vorübergehende Ingewahrsamnahme zur Gefahrenabwehr, die nicht mit Wahrscheinlichkeit in eine unterbringungsrechtliche Maßnahme umschlägt, nach den Polizeigesetzen stets auch unterhalb dieser Schwelle möglich, wenn sie den dortigen Voraussetzungen genügt und ein verhältnismäßiges Mittel darstellt. Insofern stellt die Möglichkeit zu „sofortiger Ingewahrsamnahme“ des § 10 Freiheitsentziehungsgesetz⁵⁶⁷ zwar eine in Bezug auf die unterbringungsrechtliche Eilkompetenz tatbestandlich, nicht jedoch auf Rechtsfolgende Seite hinsichtlich der Ingewahrsamnahme abschließende Regelung dar.

3. Gefahrenabwehr und Parlamentsvorbehalt

Ist der konkrete Sachverhalt nicht bereits speziell normativ erfasst und wäre ein Einschreiten allenfalls auf die Generalklausel zu stützen, ist ein be-

⁵⁶⁶ Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG) in der Fassung vom 14.01.2005 (GVBl. I S. 14), zuletzt geändert am 17.12.2005 (GVBl. I S. 674).

⁵⁶⁷ Gesetz über die Entziehung der Freiheit geisteskranker, geistesschwacher, rauschgift- oder alkoholsüchtiger Personen in der Fassung vom 19.05.1952 (GVBl. I S. 111), zuletzt geändert am 15.07.1997 (GVBl. I S. 217).

schränkender Parameter für das Verständnis des polizeirechtlichen Individualrechtsgüterschutzes im Sinne der grundrechtlichen Schutzpflichten nach allgemeinen Grundsätzen im Parlamentsvorbehalt, insbesondere in Verbindung mit der herrschenden Wesentlichkeitstheorie⁵⁶⁸ zu erblicken. Nach deren Anforderungen verpflichten das Rechtsstaats- und das Demokratieprinzip den Gesetzgeber, wesentliche Entscheidungen selbst zu treffen und nicht der Verwaltung zu überlassen.⁵⁶⁹ Ein Vorgehen auf der Grundlage der Generalklausel kann in diesem Kontext ausscheiden. Die Frage stellt sich allerdings nur, wenn nicht bereits im Wege der Auslegung spezieller Befugnisse die Erkenntnis gewonnen werden konnte, dass solche nicht einschlägig sind und auch die Möglichkeit eines subsidiären Rückgriffs auf die Generalklausel kraft abschließender Regelung zu verneinen ist.

Die Wesentlichkeitstheorie selbst hat eine doppelte Stoßrichtung. Einerseits verpflichtet sie den parlamentarischen Gesetzgeber, wesentliche Rechtsbereiche selbst zu regeln (Kompetenzzuweisung) und andererseits in ihnen die wesentlichen normativen Grundlagen des zu regelnden Rechtsbereichs selbst festzulegen (Regelungsdichteansweisung).⁵⁷⁰ In Literatur und Rechtsprechung ist vielfach versucht worden, Fallgruppen zu entwickeln, um der Theorie in der Anwendung verlässliche Konturen zu geben.⁵⁷¹ Angesprochen ist damit im weiteren Sinne insbesondere auch die vor dem Hintergrund des Gewaltenteilungs- und Demokratieprinzips umstrittene Tendenz einer zunehmenden „Rechtsetzungsverlagerung zur Exekutive“.⁵⁷² Diese äußert sich in der Gewährung von Beurteilungsspielräumen durch unbestimmte Rechtsbegriffe, deren Konkretisierung im Wege von Rechtsver-

⁵⁶⁸ vgl. insbesondere BVerfGE 33, 1 (10f.); 33, 125 (158ff.); 34, 165 (192ff.); 41, 251 (259f.); 47, 46 (78ff.); 49, 89 (126ff.); 53, 30 (56); 57, 295 (320); 58, 257 (268ff.); 61, 260 (275); 76, 1 (75); 77, 170 (230f.); 83, 130 (151f.); Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Auflage, Berlin 1981; Eberle in DÖV 1984, S. 485ff..

⁵⁶⁹ BVerfGE 41, 251 (260); Umbach in FS Faller, 111 (114f.).

⁵⁷⁰ Reimer, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, § 9 Rn. 47 m.w.N..

⁵⁷¹ mit umfassender Zusammenstellung Reimer, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, § 9 Rn. 48 m.w.N.; mit einem Überblick über die Rechtssprechung des BVerfG auch Umbach in FS Faller, 111 (116ff.).

⁵⁷² vgl. Eifert, Regulierungsstrategien, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, § 19 Rn. 45; Reimer, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, § 9 Rn. 56.

ordnungen und Verwaltungsvorschriften der Verwaltung überlassen wird. Sie ist vor allem im Bereich eines Umgangs mit technischen Risiken bzw. Umweltgefahren zutage getreten und kritisiert worden – also in einem Bereich, in dem grundrechtlichen Schutzpflichten eine entscheidende Bedeutung zukommt. Beispielsweise ist die Gewährung exekutivischer Beurteilungsspielräume und unbestimmter Rechtsbegriffe bei aller Flexibilität hier bereits unter dem Gesichtspunkt einer „Durchbrechung bzw. Erosion der Gewaltenteilung“ behandelt worden⁵⁷³, weshalb die Frage zu stellen sei, ob nicht bereits bestimmte [Genehmigungsvorbehalte oder] Verbote direkter parlamentarischer Verantwortung vorbehalten bleiben sollten.⁵⁷⁴ Aus Sicht des Parlaments stehe der Gesetzgeber einer vordringenden Judikative sowie einer Übermacht der Exekutive gegenüber; das Parlament als Gewalt sei in Gefahr und müsse insbesondere in seiner Entschlusskraft gestärkt werden.⁵⁷⁵ Schließlich verfüge die Exekutive nur über eine mittelbare demokratische Legitimation; allein das Parlament als Gesetzgeber sei unmittelbar demokratisch legitimiert, gehe aus der unmittelbaren Volkswahl hervor und gewähre eine Öffentlichkeitsbeteiligung in der Entscheidungsfindung.⁵⁷⁶ Unabhängig davon, ob man diesen Bedenken in Bezug auf die Verwaltung in der Gänze pauschal folgen will oder nicht⁵⁷⁷, können sie jedenfalls in Ansehung der fachunspezifischen polizeirechtlichen Generalklausel Geltung beanspruchen und sind Ausdruck ihrer Begrenzung. Vor dem genannten Hintergrund gilt es nämlich zu bedenken, dass diese als denkbar allgemeinsten, auf das Recht des „ersten Zugriffs“ ausgerichteter Auffangtatbestand nicht gleichermaßen sach- und fachlich vorgeprägt ist, wie es andere fachbehördliche Beurteilungsspielräume sind.⁵⁷⁸ Hier besteht mehr noch als in

⁵⁷³ Mrasek-Robor, S. 149; der Umstand, dass im Umweltrecht das „Wesentliche“ sich nicht im Gesetz, sondern in Verwaltungsvorschriften, Technischen Anleitungen oder DIN-Normen finde, ist auch schon als „umgekehrte Wesentlichkeitstheorie“ bezeichnet worden, Reimer, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, S. 575 Rn. 56.

⁵⁷⁴ Mrasek-Robor, S. 149.

⁵⁷⁵ so Eylmann in ZRP 1995, S. 149f..

⁵⁷⁶ Mrasek-Robor, S. 149.

⁵⁷⁷ kritisch hierzu und letztlich auch in Bezug auf die Wesentlichkeitstheorie und deren Unbestimmtheit an sich Reimer, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, S. 569ff. Rn. 47ff..

⁵⁷⁸ obwohl auch gesetzliche Spezialmaterien sich bisweilen generalklauselartiger Formulierungen bedienen, findet hier jedoch vielfach ein Grundrechtsschutz durch eine besondere Verfahrensgestaltung statt; vgl. hierzu etwa § 1, 2, und 5 Hessisches

anderen Bereichen dem Grunde nach ein Potential für Rechtsunsicherheiten; ein Grundrechtsschutz durch eine gesonderte Verfahrensausgestaltung findet nicht statt. So wird etwa im Bereich des Umweltrechts präventiven Erfordernissen vergleichsweise mit einem normativ ausgestalteten, umfangreichen Genehmigungs- und Vorsorgeinstrumentarium Rechnung getragen. Konkretisierungsbedürftige Rechtsbegriffe sollen in diesen dynamischen Sachbereichen sicherlich immer auch dazu dienen, die Operationalisierung (partiell) der sachverständigeren und problemnäheren Verwaltung zu überantworten.⁵⁷⁹ Unabhängig davon, ob es die näheren Vorschriften der einzelnen Umweltgesetze⁵⁸⁰ oder nach regulativer Vorgabe fachbehördlich gesetzte Verwaltungsvorschriften und Rechtsverordnungen sein müssen bzw. dürfen, die letztlich handhabbare Maßstäbe dafür liefern, was geschützt werden soll und wann die Eintrittswahrscheinlichkeit die polizeirechtliche Relevanzschwelle erreicht hat, gilt jedenfalls: Mit der eigenverantwortlichen Festlegung entsprechender Kriterien wäre die fachunspezifische Generalklausel nicht nur überfordert, es stünde ihr in Anbetracht ihres allgemeinen Gehalts, der Rechtsunsicherheit erzeugenden Gefahr im Einzelfall wohl beträchtlich schwankender Ergebnisse und der Funktion als umfassender Auffangtatbestand mit tendenziellem Befugnisüberschuss auch nicht zu.

In diesem Sinne hat auch das BVerwG⁵⁸¹ den Anspruch eines Anwohners auf Verkehrsbeschränkungen als einzig erfolgversprechendes Mittel gegen die hohe Ozonbelastung letztlich mit folgender Begründung zutreffend versagt: „Einerseits geht es bei der Bekämpfung hoher Ozonkonzentrationen um den Schutz von Menschen vor Gesundheitsbeeinträchtigungen. [...] Andererseits ist das Recht derjenigen, gegen die sich die Maßnahmen richten müssten, auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit in Rechnung zu stellen. [...] Wo insoweit jeweils die Grenze zu ziehen ist, bedarf der Ausrichtung an allgemeinen, also normativ festzulegenden Kriterien – es soll nicht letztlich das Gutdünken des Entscheidungsträgers den Ausschlag geben.“

Freiheitsentziehungsgesetz vom 19.05.1952 (GVBl. I S. 111), zuletzt geändert am 15.07.1997 (GVBl. I S. 217).

⁵⁷⁹ vgl. Eifert, Regulierungsstrategien, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, § 19 Rn. 45.

⁵⁸⁰ vgl. Salzwedel in Isensee/Kirchhof, Hdb. des Staatsrechts, Band IV, § 97 Rn. 3.

⁵⁸¹ vgl. BVerwG in NVwZ 1999, S. 1236; weitergehend wohl Mrasek-Robor, S. 149ff..

Damit kann polizeiliches Handeln ausgeschlossen sein, wenn eine – jedenfalls durch die Polizei – nicht aufzufangende Unsicherheit bei der Behandlung komplexer Sachverhalte besteht, in denen sich widerstreitende Interessen und insbesondere die Generalklausel maßgeblich prägende Grundrechte entgegenstehen und nach einem an Chancen und Risiken des Einschreitens orientierten, normativen Ausgleich verlangen. Dieser Gedanke spiegelt sich auch in gebräuchlichen Formulierungen wider, wonach der Vorschrift dann eine Grenze gesetzt sein müsse, wenn der konkret in Rede stehenden Sachfrage konkurrierende Freiheitsrechte zugrunde liegen, deren jeweilige Grenzen fließend oder nur schwer auszumachen sind⁵⁸², und wenn die Auflösung für die Verwirklichung von Grundrechten erhebliche – also grundrechtsrelevante⁵⁸³ – Bedeutung⁵⁸⁴ hat. Dies sei namentlich dann der Fall, wenn eine Vielzahl von Personen in unterschiedlichem Ausmaß und/oder unter schwer überschaubaren Umständen betroffen sei; die Behandlung einer solchen Grenzsituation sei dem Gesetzgeber anheimzustellen und könne von der polizeirechtlichen Generalklausel nicht geleistet werden.⁵⁸⁵ Eine so zu charakterisierende Problematik muss – jedenfalls in Ansehung der fachunspezifischen Generalklausel⁵⁸⁶ – als wesentlich⁵⁸⁷ eingestuft werden.

Ohne an dieser Stelle eine umfangreiche Aufarbeitung der zur Wesentlichkeitstheorie in Literatur und Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen⁵⁸⁸ erfolgen zu lassen, kann also festgehalten werden, dass zwar grundsätzlich keine Bedenken gegen eine polizeirechtliche Generalklausel bestehen, die – bei allen Unklarheiten im Einzelfall – durch jahrzehntelangen Gebrauch in Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend präzisiert und im juristischen

⁵⁸² BVerwG in NVwZ 1999, 1234 (1236); vgl. auch BVerfGE 83, 130 (142).

⁵⁸³ cf. BVerfGE 34, 165 (192); 40, 237 (248f.); 41, 251 (260f.); 47, 46 (79).

⁵⁸⁴ BVerwG in NVwZ 1999, 1234 (1236); vgl. auch BVerfGE 95, 267 (307f.).

⁵⁸⁵ BVerwG in NVwZ 1999, 1234 (1236).

⁵⁸⁶ zu Wesentlichkeitstheorie und polizeirechtlicher Generalklausel auch Rachor in Lisken/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 653ff. Rn. 789ff.; für einen Abschied von der Wesentlichkeitstheorie Reimer, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, § 9 Rn. 50ff..

⁵⁸⁷ vgl. BVerfGE 84, 212 (226); BVerfGE 49, 89 (126f.) m.w.N.; vgl. auch Schuppert, Verwaltungsorganisation als Steuerungsfaktor, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, § 16 Rn. 48.

⁵⁸⁸ mit einer Zusammenstellung Reimer, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, § 9 Rn. 48.

Sprachgebrauch verfestigt ist.⁵⁸⁹ Ein Schutz des Einzelnen durch die Polizei kann dabei jedoch von vorneherein dort weder verlangt werden noch zulässig sein, wo es in Entsprechung zu den obigen Ausführungen etwa aufgrund der Unwägbarkeit und allgemeinen Bedeutung der „wesentlichen“ Situation⁵⁹⁰ notwendig einer klarstellenden normativen – oder zumindest zur näheren Ausgestaltung normativ an die Fachbehörden delegierten – Grenzziehung bedarf, die bislang nicht erfolgt ist. Solange es eine solche nicht gibt bzw. dem durch die Wesentlichkeitstheorie⁵⁹¹ ausgefüllten Parlamentsvorbehalt nicht genüge getan ist, bleibt es – was den „unübersichtlichen“ Grenzbereich anbelangt – beim im Grunde umfassenden Freiheitsverständnis des Grundgesetzes⁵⁹², das allein durch den Individualrechtsgüterschutz im Rahmen der umfassenden Generalklausel nicht durchbrochen werden kann.

Zur Verdeutlichung sollen hier folgende Beispiele dienen:

Zwar mag im obigen Fall eine allgemeingültige normative Grenzziehung in Bezug auf Abgasbelastungen erforderlich sein, denen sich jeder Bürger in den Innenstädten tagtäglich ausgesetzt sieht. Wäre allerdings die Konzentration – etwa in einer Tiefgarage – infolge unglücklicher Fügung so hoch, dass erwiesenermaßen akute Erstickungsgefahren für jede sich der Einwirkung aussetzende Person drohen, könnte die Polizei verhältnismäßige (bzw. zumindest aufklärende) Schutzmaßnahmen treffen. Solches würde von der Generalklausel gedeckt.

⁵⁸⁹ vgl. BVerfGE 14, 245 (253); 54, 143 (144f.); vgl. in Bezug auf die polizeirechtliche Generalklausel auch die Ausführungen im **I. Abschnitt**.

⁵⁹⁰ zu den verschiedenen Auslegungsansätzen, die Wesentlichkeitstheorie betreffend, vgl. Reimer, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, § 9 Rn. 48: selbst wenn man – wie dies teilweise gesehen wird, vgl. BVerfGE 83, 130 (142) – die Wesentlichkeitstheorie sogar so auslegen will, dass das Parlament das Wesentliche nur „im Wesentlichen“ regeln müsse, wird man eine solche das Wesentliche mit hinreichender Bestimmtheit erfassende Regelung in Anbetracht unübersichtlicher Situationen mit erhöhter Grundrechtsrelevanz jedenfalls nicht in der polizeirechtlichen Generalklausel erblicken können.

⁵⁹¹ alternativ zur herrschenden Wesentlichkeitstheorie schlägt Reimer eine entsprechend orientierte Handhabung des Bestimmtheitsgebots vor, vgl. Reimer, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, § 9 Rn. 57ff..

⁵⁹² vgl. zur Handlungssperre bis zur gesetzlichen Regelung auch Reimer, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, § 9 Rn. 25f..

Ähnlich kann es sich bisweilen auch bei der Bekämpfung von Gefahrensituationen verhalten, die aufgrund einer neuen Bewertung der Sachlage erkennbar werden – einem Bereich, der gerade deshalb zu den urtypischen Aufgaben der Polizei gehört, weil der Gesetzgeber diese Situationen in ihrer Aktualität naturgemäß nicht ausreichend zeitnah bewältigen kann:

Solange der durch das Telefonieren mit Mobiltelefonen in unmittelbarer Nähe zum Kopf verursachte „Elektrosmog“ allenfalls auf lange Sicht gefährlich ist und der Impuls zu einer bzw. eine entsprechend abgestimmte Schutzregelung (deshalb) dem Gesetzgeber obliegen würde, fehlt es bereits an einer Schutzberechtigung der Polizeibehörden. Sollte sich allerdings ad hoc herausstellen, dass die Strahlungswirkung (einiger spezieller Handytypen – ggf. aufgrund eines Fabrikationsfehlers) akut gesundheitsgefährdend⁵⁹³ ist, könnte bzw. müsste es der Polizei – bei entsprechender Abwägung und Sachkenntnis – möglich sein, gegenüber nicht hinreichend Einsichtsfähigen Personen das Telefonieren zumindest solange zu unterbinden, bis eine Aufklärung über die Risiken stattgefunden hat.

Damit sind zwar das Gewicht der gesetzgebenden Gewalt betont und die Grenzen des polizeilichen Aufgaben herausgestellt. Wann genau eine solche Grenze erreicht bzw. die Situation „unübersichtlich“ oder „unsicher“ ist und daher nicht mehr von der polizeirechtlichen Generalklausel getragen werden kann, sondern normativ aufzulösen wäre, ist jedoch von vorneherein in hohem Maße wertungsabhängig. Dies ist auch Anlass für Kritik gewesen.⁵⁹⁴

Eingedenk dieser Schwierigkeiten im spezifisch ungeregelten Bereich und des beim Individualrechtsgüterschutz tendenziell bestehenden Befugnisüberschusses soll deshalb zusätzlich ein – gerade auch in Bezug auf die Behandlung von „reinen“, nicht freiverantwortlichen Selbstgefährdungen handhabbarer – Maßstab jedenfalls für eine äußerste Grenze polizeilicher Zuständigkeit hergeleitet werden.

⁵⁹³ beispielsweise könnte sich als bislang ungeklärte Ursache bisweilen auftretenden erheblichen Unwohlseins (Schwindelgefühle, Atemnot, Kopfschmerzen) im Anschluss an oder während eines Handytelefonats in Zukunft aufgrund neuerer Erkenntnisse das Telefonieren herausstellen.

⁵⁹⁴ hierzu Reimer, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, § 9 Rn. 48 und 57ff.; mit kritischem Fazit ebenfalls Umbach in FS Faller, 111 (131).

4. „Sozialadäquanz“ als Indiz für ausgeübte „Beurteilungsspielräume“ des Gesetzgebers und damit eine äußerste Grenze des polizeilichen Aufgabenbereichs

a) Grundsätze

Bereits aus den eingangs angestellten allgemeinen Überlegungen und der beschriebenen besonderen Bedeutung des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips im Rahmen der Generalklausel wird auch die Notwendigkeit deutlich, der gesetzgeberischen Stellung in gewisser Weise Tribut zu zollen. Dies ist dem Grundgedanken geschuldet, dass es zwar typisch für die Gefahrenabwehr ist, auf neuartige bzw. aktuelle Gefahrensituationen umfassend und effektiv reagieren zu können, da der Gesetzgeber hierzu naturgemäß zeitnah nicht in der Lage ist, dass es aber umgekehrt dort einer vorsichtigen Handhabung der umfassenden Generalklausel bedarf, wo sich eine Verhaltenspraxis auf Dauer im menschlichen Miteinander etabliert hat, ohne dass darauf bislang normativ reagiert worden wäre. Beispielsweise sind viele gefährliche (Breiten-)Sportarten schon historisch angelegt und genießen wohl in erster Linie deshalb ihre sozio-kulturell gewachsene Akzeptanz.

Unter anderem mag der Turnsport aller Altersklassen dabei als Paradebeispiel dienen. Seit seiner Begründung in der bekannten Form durch „Turnvater“ Ludwig Jahn im Jahre 1811⁵⁹⁵ ist er Teil eines jeden schulischen Lehrplans⁵⁹⁶ und hat bis heute unzählige Sportvereine ins Leben gerufen. Diese breite und letztlich auch historisch fundierte gesellschaftliche Präsenz ergibt sich ungeachtet seiner bis in den professionellen Bereich hinein bestehenden, nicht unerheblichen und unmittelbaren Gefährlichkeiten für den Körper, die sich zuletzt in dem tragischen Unfall des Ronny Ziesmer gezeigt haben.

Vor dem Hintergrund solcher sogar historisch angelegter und in hohem Maße gesellschaftsbezogener Verhaltensweisen stellt sich die Frage nach den

⁵⁹⁵ Thümmel, S. 32; Müller/Schanz, S. 156.

⁵⁹⁶ auch dies zeigt, dass der „Mitverantwortungsgedanke“, wie er oben im **III. Abschnitt** unter Punkt **5.** erwogen wurde, kein taugliches Kriterium zur Abgrenzung ist: Kaum ist eine größere „Verantwortung im staatlichen Bereich“ denkbar, als jene, die der Staat im Sonderstatusverhältnis für den minderjährigen Schüler trägt – dennoch ist der mitunter gefährliche Turnsport Teil des Lehrplans und damit dem Grunde nach sogar Pflicht.

allgemeinen Grenzen eines polizeilich betriebenen Schutzes im Rahmen der polizeirechtlichen Generalklausel – auch und gerade des (nicht freiverantwortlich handelnden) Selbstgefährders.

Ausgangspunkt einer Weiterführung dieses Gedankens ist die Überlegung, dass Polizei und Gerichte im Rahmen der notwendig weit gefassten Generalklausel bisweilen dazu berufen sind, den Wertungen des Gesetzgebers Geltung zu verschaffen bzw. entsprechende legislative Spielräume zu beachten. So kann die Polizei im spezifisch ungeregelten Bereich auf der Grundlage der Generalklausel und des implementierten Verfassungsrechts nicht vollständig nach eigenem Belieben schalten und walten. Auch hier gilt es, legislative Entscheidungsrefugien zu beachten, die sich mitunter dadurch ergeben können, dass sich der Gesetzgeber mit den Gefährdungen bislang nicht normativ auseinandergesetzt bzw. dies (offenbar) nicht für nötig befunden hat.⁵⁹⁷ Es ist in der Tat so, dass – wie Littwin⁵⁹⁸ nachweist – die Gesetzgebung (und – genauer formuliert – auch die „Nicht-Gesetzgebung“) nicht nur der rationalen Gegenüberstellung einschlägiger Verfassungspositionen entspringt, sondern vielmehr zumindest auch sozio-kulturell oder historisch gewachsen ist. Den hierbei ausgeübten Gestaltungsspielraum gilt es im Positiven wie Negativen als nur dem unmittelbar demokratisch legitimierten Normgeber zu Gebote stehend zu achten, da weder die Traditionspflege noch ein Vorantreiben der Dinge Sache der übrigen Gewalten, sondern eine Richtungsentscheidung des Gesetzgebers ist.⁵⁹⁹ Die Polizei gewährt demgegenüber Sicherheit aber keine Lebensorientierung.

⁵⁹⁷ Murswiek formuliert auf S. 194f. – allerdings im Zusammenhang mit technischen Risiken – wie folgt: „Ob [solche Beeinträchtigungen] als sozialadäquat zu dulden sind, dies zu entscheiden, ist Sache des Gesetzgebers. [...] Der Umfang der Beeinträchtigungen, die der Gesetzgeber dem einzelnen ohne Rechtfertigung anhand eines spezifischen Gemeinwohlzwecks einfach deshalb zumutet, weil menschliches Zusammenleben auf beschränktem Raum und zwischenmenschlicher Kontakt in einer freien Gesellschaft anders nicht möglich sind, die also anhand dieses weitestgehenden Gemeinwohlzwecks vom Gesetzgeber gerechtfertigt werden können, ergibt sich einfach daraus, dass für diese Beeinträchtigungen im einfachen Recht keine Unterlassungsansprüche eingeräumt werden.“

⁵⁹⁸ vgl. Littwin, S. 244: „[Das] unterschiedliche Engagement des Gesetzgebers [...] beruht auf sozio-kulturellen Anschauungen sowie wissenschaftlichen Erwägungen oder ist historisch gewachsen. Der Gesetzgeber hat insoweit einen weiten Raum zur freien Gestaltung.“

⁵⁹⁹ vgl. mit Bezug zur bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, Meßerschmidt, Gesetzgebungsermessen, Berlin 2000, S. 774.

So ist in concreto bereits kurz angeklungen, dass die Befugnisse der Polizei im ungeregelten Bereich nicht per se denen des Gesetzgebers gleichkommen können, sondern es in Anbetracht eines „objektivierten“ Grundrechtsverständnisses und vor dem Hintergrund einer umfassenden staatlichen Sicherheitsaufgabe einer Stärkung legislativer Verantwortlichkeit bedarf. Diese Einschätzung ist auch dem Umstand geschuldet, dass die Rechtsordnung im Grundsatz von einem umfassenden Freiheitsbegriff ausgeht, der durch den Gesetzgeber konturiert wird. Hat letzterer auf gängiges und alltägliches Gefährdungsverhalten dauerhaft nicht reagiert, so darf zunächst einmal die Vermutung getätigt werden, dass er es nicht wollte, sondern die (durch die Sportverbände ausgestaltete) Praxis im Rahmen seines Beurteilungsspielraums und in Entsprechung zur Einschätzung durch die Gesellschaft für unbedenklich hielt⁶⁰⁰. An diese Unbedenklichkeitsvermutung ist die Polizei, die ja letztlich primär zum Schutz der Rechtsordnung und damit der gesetzgeberischen Wertungen berufen ist⁶⁰¹, aus Gründen der Gewaltenteilung gebunden.

Wollte man ihr die Befugnis zugestehen, in diesem Bereich völlig nach eigenem Gutdünken und eigener Präferenz bei der Abwägung der in Rede stehenden Verfassungspositionen zu reagieren, so bestünde die Möglichkeit, dass durch ein Vorgehen nach der Generalklausel als Auftrag zum Schutz individueller Rechtsgüter allzu leicht der ebenfalls in diesem Bereich bei der Tolerierung des Verhaltens ausgeübte gesetzgeberische Beurteilungsspielraum unterlaufen werden könnte. Mit anderen Worten stünde dem Grunde nach zu befürchten, dass die Polizei ein vom Normgeber für unbedenklich erachtetes und deshalb dauerhaft keiner Regelung unterworfenen, gesellschaftlich gängiges Gefährdungsverhalten nach eigener Sicht und Wertung der Dinge unterbinden und damit gegebenenfalls vom Willen des Gesetzgebers abweichen könnte. Die Polizei ist auch im Rahmen der notwendig allgemein gehaltenen Generalklausel jedoch nicht selbst „Gesetzgeber“, sondern soll primär den von ihm getroffenen Wertungen exekutiv Geltung ver-

⁶⁰⁰ beispielsweise hat der Staat die Ausübungsregelungen gefährlicher Sportarten weitgehend den jeweiligen Sportverbänden überlassen, vgl. dazu Littwin, S. 7, während er den Tabakerwerb oder das Rauchen in der Öffentlichkeit an ein Mindestalter von 16 Jahren knüpfte, vgl. § 10 Jugendschutzgesetz in der Fassung vom 23. Juli 2002 (BGBl. I 2730), zuletzt geändert am 23.07.2004 (BGBl. I S. 1857).

⁶⁰¹ vgl. **I.4.**

schaffen. Eine entsprechende Beachtlichkeit gesetzgeberischer Aussagen für die Polizei besteht ohne Zweifel im geregelten Bereich – dies muss dann gleichermaßen für Beurteilungsspielräume im ungeregelten Bereich gelten, wenn davon auszugehen ist, dass diese ausgeübt wurden.

Letztlich in gleicher Hinsicht gibt auch Rachor zu bedenken, dass ein Rückgriff auf die Generalklausel im Fall einer gewollten Nichtregelung ausgeschlossen sei.⁶⁰² Ein solcher gesetzgeberischer Wille mag sich zum einen bisweilen im Wege der Auslegung aus abschließend gehaltenen Befugnissen ableiten lassen. Dies darzustellen ist bereits versucht worden. Fehlen jedoch – wie dies bei der regelmäßig nicht normativ vorgezeichneten „reinen“ Selbstgefährdung der Fall ist – solche abschließenden Befugnisse, gilt es darüber hinaus zu ergründen, inwieweit auch der Generalklausel und somit der Polizei allgemein dadurch Grenzen gesetzt sind, dass seitens des Gesetzgebers ausgeübte Spielräume zu beachten sind. Es soll ein Maßstab dafür gefunden werden, wann von letzterem auszugehen ist.

Geht man davon aus, dass die geschichtlich gewordene Sozialordnung ihren Niederschlag in der Rechtsordnung gefunden hat, dadurch in ihren Aussagen fixiert worden ist und Allgemeinverbindlichkeit erlangt hat⁶⁰³, so kann es sich nicht verbieten, bei der Beantwortung der Frage, ob ein bislang nicht spezifisch geregelter Bereich einer gesetzgeberischen Befassung anheimzustellen ist, ergänzend auch auf die sozialen Anschauungen zurückzugreifen. Wenn die Rechtsordnung der berufene Ausdruck der sozialetischen Ordnung des Gemeinschaftslebens ist, so muss bei klar umrissenen und erkennbaren, aber nicht explizit normierten sozialen Anschauungen auch dem Gesetzgeber die Richtungsentscheidung in Bezug auf ihre Verwerfung vorgegeben sein – im Übrigen aber können sie Beachtung verlangen.

Die sozialen Anschauungen bilden also – gerade für den Bereich der „reinen“ Selbstgefährdung, in dem es naturgemäß an expliziten Aussagen fehlt – dann die äußerste Grenze polizeilichen Schutzhandelns, wenn es sich in der *konkreten Situation*⁶⁰⁴ um *dauerhaft* etablierte und nach gesellschaftlich

⁶⁰² Rachor in Liskén/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 652 Rn. 784.

⁶⁰³ Vollmuth, S. 99; vgl. auch Littwin, S. 244.

⁶⁰⁴ das einschränkende Kriterium der konkreten Situation ist notwendig: den Besuch des an Orientierungsverlust und Angstzuständen leidenden Geisteskranken oder geistig Behinderten im Fußballstadion wird man in Anbetracht der konkreten Situation nicht

tradiertem Verständnis unbedenkliche Verhaltensweisen handelt, bezüglich derer vermutet werden darf, dass sie sich (auch) im Blicke des Gesetzgebers zu „Sozialer Adäquanz“⁶⁰⁵ verdichtet haben. Eine in diesem Sinne zu vermutende „Sozialadäquanz“ ist Indiz für eine „wesentliche“ Entscheidungssituation und bindet demnach die Polizei, solange sie (auch) als Ausdruck gesetzgeberischer Beurteilung aufgefasst werden kann. Auf diese Weise wird dem für die Auslegung der Generalklausel bedeutungsvollen Rechtsstaats- und Demokratieprinzip Rechnung getragen. Zur Verdeutlichung seien hier folgende Beispiele genannt:

Hat der Gesetzgeber die in zahllosen Vereinen seit langem verbreitete und üblicherweise schon durch Kinder und Jugendliche ab einem gewissen Alter erfolgende Ausübung einer bestimmten gefährlichen Sportart nicht unter eine höher angesiedelte Altersgrenze gestellt oder die entsprechende Entscheidung richtungweisend delegiert, so kann auch die Polizei keine dem Sozialüblichen zuwiderlaufende Untersagungsverfügung vornehmen. Einem dreizehnjährigen Kind oder einem geistig Zurückgebliebenen wird man das unter Aufsicht ausgeführte und als sozialüblich empfundene⁶⁰⁶ Voltigieren

für sozialadäquat halten können; niemand wird ihm jedoch jedwede Sportausübung – etwa den Reitsport – per se versagen wollen.

⁶⁰⁵ Begründung der „Lehre von der Sozialadäquanz“ durch Welzel, ZStW Band 58 (1939), S. 491ff.; hierzu führt Wolski, S. 14 aus: „Ihre Funktion ist es, bestimmte, im Hinblick auf [...] prinzipiell geschützte Bereiche gefahrenträchtige und im Ausmaß möglicher Schäden höchst bedeutsame soziale Vorgänge als rechtlich-sozial irrelevant zu bewerten.“; im Zivilrecht findet die Lehre bereits bei Ennecerus/Nipperdey, AT des Bürgerlichen Rechts, 2. Halbband, 14. Auflage 1955, S. 917 und 15. Auflage 1960, S. 1299 ihren Niederschlag: „Der Sinngehalt eines menschlichen Verhaltens ergibt sich erst aus der Funktion dieses Verhaltens im Gemeinschaftsleben. Infolgedessen lässt sich auch der Unrechtscharakter einer Handlung nur aus der Beziehung dieser Handlung zu der sittlichen Ordnung des menschlichen Zusammenlebens bestimmen. Handlungen, die sich im Rahmen dieser sozialen Ordnung halten, sind sozialadäquat und damit nicht widerrechtlich.“

Diese Ausführungen lassen sich freilich nicht ohne weiteres übertragen. Der Begriff der „Sozialadäquanz“ wird hier schließlich nicht als generell rechtsausfüllend, sondern vor dem Hintergrund gewaltenteilungsrechtlich beeinflusster, polizeilicher Befugnisgrenzen verwandt. Die Grenzen einer in diesem Sinne zu vermutenden sozialen Adäquanz dürften sich polizeilicherseits unter den Gesichtspunkten „Dauerhaftigkeit und Akzeptanz“ vielfach deutlich feststellen lassen; zu nennen wären insbesondere einige der oben unter IV.1. im Zusammenhang mit Sport und Gesellschaftsveranstaltungen aufgeführten Beispiele; anders mag es sich beim überlauten Gebrauch eines MP3-Players durch Kinder bzw. Jugendliche verhalten: Hier ist eine „soziale Adäquanz“ wohl nicht feststellbar.

⁶⁰⁶ nach Rieder, Richtig Voltigieren, S. 20 liegt das ideale Einstiegsalter im Voltigiersport bei 7 bis 9 Jahren, allerdings sei eine Ausübung des Sports auch schon mit 5 Jahren möglich; zur geschichtlichen Festigung des Voltigiersports von der römischen Antike bis in die Renaissance, vgl. Rieder, S. 8.

auf dem Rücken eines geschulten Pferdes trotz naturgemäß erheblicher Eigengefährdung damit nicht versagen können – wohl aber etwa einem Kind im Alter von 4 Jahren oder einem Betrunkenen das Training auf einem nervösen Pferd.⁶⁰⁷

Auch das Lesen an sich grausamer Märchen durch Kinder darf – in der konkreten Situation – dem Grunde nach als dauer- und unzweifelhaft akzeptiert gelten. Es stellt daher keine polizeirechtlich relevante Selbstgefährdung der psychischen Integrität dar. Eine entsprechende „Kontrolle“ traditioneller Kinderliteratur müsste vielmehr normiert oder zumindest durch gesetzgeberischen Impuls angestoßen werden.

Ebenso verhält es sich – gerade im Bereich traditioneller Sportarten – mit den Gefahren der sogenannten, eine freiverantwortliche Entscheidung beeinflussenden „Sportsucht“.⁶⁰⁸ Solange auch exzessives Freizeittraining als weitgehend gesellschaftlich akzeptiert gelten kann, können richtungsweisende Maßnahmen in diesem Bereich nicht der Polizei obliegen.⁶⁰⁹

Die Richtigkeit dieser Überlegungen und damit die maßgebliche Beachtlichkeit gewachsener sozialer Anschauungen bzw. der tradierten Einbettung einer (selbstgefährdenden) Handlung im menschlichen Miteinander ergibt

⁶⁰⁷ wie bereits erwähnt hat der Staat die Ausübungsregelungen im Sport zumeist den jeweiligen Verbänden überlassen; allenfalls bedingt wird man hier in Bezug auf das Voltigieren als Breitensport – dazu Rieder, Richtig Voltigieren, S. 12 – aber beispielsweise eine scharf konturierte soziale Adäquanz auf der Grundlage seitens der Deutschen Reiterlichen Vereinigung e.V. herausgegebener Regelungen herleiten können: so sehen etwa die Richtlinien für Reiten und Fahren (Band 3: Voltigieren, Punkt 2.1., 8. Auflage, Warendorf 1990) und der entsprechende § 17 der Leistungsprüfungsordnung schon für die Teilnahme an Wettbewerben beim Gruppen- und Doppelvoltigieren keine Altersbeschränkung vor. Zu einer generellen körperlichen oder geistigen Reife als Voraussetzung für die Ausübung des Sports und einem entsprechenden Mindestalter finden sich keinerlei Aussagen, im Gegenteil war für das Einzelvoltigieren bei Wettkämpfen in der Richtlinienfassung von 1986 sogar eine Höchstgrenze von 21 Jahren gültig.

⁶⁰⁸ dazu aktuell Gerlach in SportInForm Juli/2008, S. 8: „[Mir begegnen im] Praxisalltag zunehmend Sportler (Patienten), bei denen sich ein Zwang zum Sport eingestellt hat und die scheinbar jegliches Gespür für das Maß an Bewegung, das für den Körper gut ist und ihm nicht schadet, verloren haben. [...] [Was der Patient dann bekommt, ist] eine Aufklärung über Sportsucht.“

⁶⁰⁹ aufschlussreich insoweit letztlich auch die Formulierung zur „Sportsucht“ bei Gerlach in SportInForm Juli/2008, S. 8: „Wir sollten in unserem Umfeld die Augen offen halten, wenn wir erste Symptome bei Freunden, Sportlern, Jugendlichen erkennen. Noch fordert und fördert die Politik Sport und regelmäßige Bewegung und der Warnhinweis: `Der Minister für Sport und Gesundheit warnt: Sport kann süchtig machen` auf einer Sportschuhpackung oder als Aufkleber am Trainingsanzug beim Kauf im Sportgeschäft sollte nie Realität werden dürfen.“

sich darüber hinaus nicht zuletzt im Lichte eines zugespitzten Umkehrschlusses:

Ist in bislang unregelten Fällen eine Überschreitung letzterer als Verstoß gegen gängige Wertvorstellungen vergleichsweise sogar imstande, ein öffentliches Interesse zulasten der Freiheit des Einzelnen zu begründen und polizeiliches Schutzhandeln zu ermöglichen (so im Rahmen des Tatbestands der Öffentlichen Ordnung, s.o.) – handelt es sich beim „gedeihlichen Zusammenleben“ also um ein schützenswertes Gut, so muss umgekehrt ein Einschreiten im unregelten Bereich dann regelmäßig ausbleiben, wenn diese Grenzen feststellbar sind und im Einzelfall gerade nicht überschritten werden. Vielmehr kommt der Polizei hier (lediglich) die Aufgabe zu, die Rahmenbedingungen dessen zu sichern und zu bewahren, was sich *dauer- und unzweifelhaft* als Teil des menschlichen Miteinander etabliert hat. Eine entsprechende Beachtung gewachsener Sozialanschauungen muss einzig überzeugend gleichermaßen in positiver wie auch negativer Hinsicht bestehen. Wollte man dies anders sehen, würde das letztlich bedeuten, dass zwar der positive Schutz des genannten „menschlichen Miteinander“ sogar polizeiliches Eingriffshandeln nach sich ziehen kann, dass diese Polizei jedoch umgekehrt bei eigenem Vorgehen ihrerseits den Inhalt des Schutzgutes in Form eines öffentlichen Interesses am gesellschaftlichen Miteinander nicht zu berücksichtigen hätte und dadurch soziale Anschauungen und letztlich ihr eigenes Aufgabenfeld im spezifisch unregelten Bereich gegebenenfalls modifizieren könnte. Das menschliche Miteinander als subsidiär unter der Rechtsordnung stehende Öffentliche Ordnung wäre hier im – freilich auf die Spitze getriebenen – Extremfall tendenziell nur noch Inbegriff dessen, was die Polizei für polizeifest bzw. in linearer Abwägung im unregelten Bereich für nicht beschränkungswürdig hält und nicht mehr Spiegelbild dauer- und unzweifelhaft geprägter gesellschaftlicher Vorstellungen – eine sinnwidrige Betrachtungsweise, die Inhalt und Schutzzweck nicht gerecht würde.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die sozialen Anschauungen im Rahmen der polizeirechtlichen Generalklausel unter gewaltenteilungsrechtlichen Gesichtspunkten dann eine äußerste Grenze exekutiver Zuständigkeit darstel-

len, wenn das Verhalten in Anbetracht der *konkreten Situation dauerhaft* im gesellschaftlichen Leben angelegt und *unzweifelhaft* akzeptiert ist und bislang keine ausdrückliche gesetzgeberische Stellungnahme vorliegt oder ableitbar wäre. In diesem Fall muss eine im Auge des Gesetzgebers erfolgte Verdichtung zu einer „sozialen Adäquanz“ polizeilicherseits vermutet werden, deren Konterkarierung ob der „Wesentlichkeit“ der Situation einer legislativen Richtungsentscheidung bedarf.

b) Kritikpunkte

Verschiedentlich sind Überlegungen angestellt worden, die letzten Endes auf eine Bewertung von Gefahrensituationen anhand sozialer Anschauungen hinauslaufen oder doch zumindest hiermit im Zusammenhang stehen. Diese sind nicht ohne deutliche Kritik geblieben.

aa) „Sozialadäquanz“ und Grundrechtstatbestände

In Straf- und Zivilrecht finden Überlegungen zu sozialadäquatem Verhalten insbesondere bei der Zurechenbarkeit im Tatbestand Beachtung.⁶¹⁰ Eine Übertragbarkeit der „Lehre von der Sozialadäquanz“ auf das Verfassungsrecht bzw. sinnverwandte Überlegungen und dabei insbesondere der mit ihnen verfolgte Zweck einer Eingrenzung grundrechtlicher Schutzbereiche bzw. -pflichten sind verbreitet mit dem Argument bezweifelt worden, durch die Rezeption gesellschaftlicher Verhaltensregeln könne die Schutzfunktion bestimmter Freiheitsrechte im Wege außerrechtlicher Erwägungen ausgehöhlt werden.⁶¹¹

Diese Kritik ist in dieser Form auch berechtigt. Sie steht im Einklang mit den auch in dieser Untersuchung gefundenen Ergebnissen eines auf Rechtfertigungsebene anzustrebenden Ausgleichs der widerstreitenden Interes-

⁶¹⁰ so die h.M. vgl. Gropp, Strafrecht-AT, § 6 Rn. 227 m.w.N.; ausführlich Tröndle/Fischer, vor § 32 Rn. 12; vgl. auch Sprau in Palandt, § 823 Rn. 36; Wolski, S. 11f..

⁶¹¹ Littwin, S. 18, in Bezug auf BVerfG 61, 256 (265), wonach Art. 2 II GG von vorneherein unter dem „Vorbehalt sozialadäquater zivilisatorischer Risiken“ steht; vgl. ebenso BVerfGE 49, 89 (143); ähnlich auch Schmidt-Assmann, AöR Bd. 106 (1981), 205 (214), wonach Art. 2 II GG im Immissionsschutzrecht wie das Eigentumsrecht einer gewissen „Situationsgebundenheit“ unterliege; kritisch zur „Sozialadäquanz“ als Begründungsversuch für eine enge grundrechtliche Tatbestandstheorie Borowski, S. 257ff.; ablehnend ebenso Isensee in Isensee/Kirchhof, Hdb. des Staatsrechts, Band V, § 111 Rn. 108; Hofmann in BayVBl. 1983, S. 37; Murswiek, S. 195f..

sen.⁶¹² Zudem ist im Grundsatz schließlich nicht die gesellschaftliche Praxis Maßstab der Gesetzgebung, sondern umgekehrt muss sich die gesellschaftliche Praxis im Rahmen der verfassungsmäßigen Rechtsordnung ausbilden.⁶¹³ Die in Bezug auf die Rechtssetzung berechtigten Bedenken lassen sich hingegen nicht auf eine Eingrenzung des polizeilichen bzw. exekutiven Aufgabenbereichs in Gegenüberstellung zur Verantwortung des Gesetzgebers ausdehnen. Die Befugnisse der Polizei, deren primäre Aufgabe der Schutz der Rechtsordnung ist, können im bislang unregelten Bereich schließlich nicht per se denen des Gesetzgebers gleichkommen oder sie sogar unterlaufen. Die Gefahr einer „Unterwanderung von Verfassungswerten“ ergibt sich bei der Nutzbarmachung gesellschaftlicher Anschauungen als Maßstab zur Stärkung legislativer Verantwortlichkeit nicht.

bb) „Sozialadäquanz“ und polizeirechtliche Gefahrenverantwortlichkeit

Auch die von Hurst⁶¹⁴ für das Polizeirecht begründete „Lehre von der sozialadäquaten Verursachung“, die versucht, den „Mängeln der Unmittelbarkeits- und der Adäquanztheorie“⁶¹⁵ bei der polizeirechtlichen Gefahrenverantwortlichkeit zu begegnen, ist weit mehrheitlich kritisiert worden.

Da einem jeden menschlichen Verhalten eine gewisse „Gefahrentendenz“⁶¹⁶ zu eigen ist, sei nach Hurst die Grenze zur Störung erst dann überschritten, „wenn innerhalb einer Gefahrenlage ein Umstand von der Bedeutung hervortritt, dass er das Normalmaß der für eine solche Umgebung bestehenden Zustände überragt, wobei gleichgültig ist, ob sich der die Veränderung bedingende Zustand als Störungsquelle darstellt oder ob er in einem anderen, bislang völlig ungefährlichen Umstand zu sehen ist, der nunmehr in der

⁶¹² vgl. im **III. Abschnitt** in Punkt **2.** und **6.** sowie im **IV. Abschnitt** unter **2.a.bb).**

⁶¹³ in anderem Kontext ebenso Vollmuth, S. 99: „Die Rechtsordnung ist der Sozialordnung nicht hintanzustellen. Es ist im Gegenteil gerade so, dass die geschichtlich gewordene Sozialordnung ihren Niederschlag in der Rechtsordnung gefunden hat, dadurch in ihren Aussagen fixiert worden ist und Allgemeinverbindlichkeit erlangt hat. [...] Die Rechtsordnung ist der berufene Ausdruck der sozialetischen Ordnung des Gemeinschaftslebens und enthält für dieses die verbindlichen Regelungen.“

⁶¹⁴ Hurst, Zur Problematik der polizeirechtlichen Handlungshaftung, Archiv des öffentlichen Rechts 1959, Band 83, S. 43ff..

⁶¹⁵ vgl. Hurst, S. 61 bis 75.

⁶¹⁶ Hurst, S. 76; insoweit zustimmend auch Vollmuth, S. 97: „Diesbezüglich ist Hurst durchaus Recht zu geben, wenn er meint, es dürfe bei der Bestimmung des die Polizeipflicht begründenden Umstands die Typizität des menschlichen Verhaltens nicht unberücksichtigt bleiben.“

neuen Beziehung zu Umwelt als rechtlich relevante Bedingung angesehen werden muss.“⁶¹⁷ Angesprochen sei damit der Begriff der Sozialadäquanz, der als allgemeines Rechtsprinzip für die gesamte Rechtsordnung Beachtung verlange.⁶¹⁸

Diesem Ansatz hat sich allerdings in der neueren Literatur – soweit erkennbar – nur Gusy⁶¹⁹ angeschlossen. Wenngleich bisweilen zugegeben wird, dass auch im Rahmen einer gezwungenermaßen wertungsorientierten Handhabung der „Lehre von der unmittelbaren Verursachung“ zur Bestimmung des Verantwortungszusammenhangs oft Rechtswidrigkeits-, Pflichtwidrigkeits- und (Sozial-)Adäquanzüberlegungen von Bedeutung sein können⁶²⁰, wird das Vorgehen zumeist schlicht für zu unscharf gehalten.⁶²¹ Nach Schenke könne die Theorie der sozialinadäquaten Verursachung zwar relevante Gesichtspunkte beisteuern, allein sei sie zu vage, um eine trenngenaue Konturierung gewinnen zu können.⁶²² Götz⁶²³ und Adamaschek⁶²⁴ führen aus, die Sozialadäquanzlehre stelle lediglich eine „etwas prätentiosere Formulierung des Problems“, nicht aber seine Lösung dar. Vollmuth meint, es müssten die Aussagen der Rechtsordnung bezüglich dessen berücksichtigt

⁶¹⁷ so die Ergebnisformulierung bei Hurst, S. 77f..

⁶¹⁸ Hurst, S. 77 m.w.N..

⁶¹⁹ Gusy, 6. Auflage, S. 164f. Rn. 339: „Das Adäquanzkriterium enthält die Vorteile der Rechtswidrigkeitslehre und vermeidet zugleich deren Nachteile, indem die rechtlich unregelmäßigten Fälle erfasst werden können.“

⁶²⁰ Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 5. Auflage, S. 147 Rn. 19; vgl. auch Rasch/Ule, Allg. POR, S. 111 Rn. 12; ebenso noch Rasch, Allg. POR, 2. Auflage, § 4 Rn. 17 (S. 53), wobei die von Hurst angeführten Beispielsfälle aufgenommen und mit der Unmittelbarkeitslehre dem gleichen Ergebnis zugeführt werden; vgl. auch Götz, Allg. POR, 14. Auflage, S. 69 Rn. 13f.; Schoch in JuS 1994, S. 932; ebenso Schenke, POR, 5. Auflage, S. 159 Rn. 243: „Alle [...] Theorien stimmen darin überein, dass es sich bei der Bestimmung der polizeirechtlichen Verursachung um ein Wertungsproblem handelt.“; auch das OVG Münster formuliert in OVGE 14, 265 (268) – dazu Klaudat, S. 7: „Keine unmittelbare Ursache, sondern nur eine unwesentliche Bedingung setzt z.B. derjenige, der im Rahmen der ihm zustehenden Befugnis sein Eigentumsrecht im sozialüblichen Maße ... ausübt.“

⁶²¹ vgl. in der Folge; vereinzelt wird ferner formuliert, es müsse in seltenen Fällen auch eine polizeirechtliche Verantwortlichkeit für eine Gefahr möglich sein, die durch ein (sonst) typischerweise ungefährliches Verhalten verursacht wird – so Gantner, S. 114, vgl. auch Schudt, S. 137 m.w.N..

⁶²² Schenke, POR, 5. Auflage, S. 159 Rn. 243; ähnlich Schoch in JuS 1994, S. 933; s. auch Götz, Allg. POR, 14. Auflage, S. 69 Rn. 13: „[Die Lehre] liefert kein praktikables Kriterium für Sozialadäquanz.“

⁶²³ Götz, Allg. POR, 7. Auflage, S. 103; in der aktuellen 14. Auflage, S. 69 Rn. 13, wird die Auseinandersetzung kürzer abgehandelt.

⁶²⁴ Adamaschek, S. 41.

werden, was mit dem Wohl der Allgemeinheit, also mit dem reibungslosen und geordneten Gemeinschaftsleben, vereinbar ist.⁶²⁵

Zunächst mag demgegenüber durchaus zuzugeben sein, dass das alleinige Abstellen auf die soziale Akzeptanz eines bestimmten menschlichen Verhaltens zur Bestimmung der polizeilichen Verantwortlichkeit Unsicherheiten mit sich bringen kann. Dies ist schon dadurch geschuldet, dass gesellschaftliche Vorstellungen im Allgemeinen einem ständigen Wandel unterworfen sind. Sie als aussagekräftigen Maßstab heranziehen zu wollen, birgt umso mehr Schwierigkeiten, je pluralistischer sich das Zusammenleben in der menschlichen Gemeinschaft gestaltet. Gerade im Umgang mit den bisweilen nicht abschätzbaren Risiken moderner Technik mag man mit der Annahme sozialadäquaten (Selbst-)Gefährdungsverhaltens deshalb eher zurückhaltend sein. Hier könnte man in der Tat auch an einer hinreichenden Bestimmtheit zweifeln.

Auch müssen die bestehenden Wertungen der Rechtsordnung Gehör finden – jedoch nicht zur Konkretisierung der Sozialadäquanz in einem konkreten Einzelfall.⁶²⁶ Wie versucht wurde zu zeigen, können umgekehrt soziale Gepflogenheiten nur dort Beachtung verlangen, wo die Rechtsordnung keine klaren Normierungen parat hält – und dies auch nur, weil letztlich aufgrund des Vorhandenseins einer dauerhaft etablierten und akzeptierten sozialen Praxis dessen Unbedenklichkeit im Sinne der Rechtsordnung vermutet werden darf. Hält man sich dies vor Augen, so wird auch ersichtlich, warum der bisher gegen den Maßstab der Sozialadäquanz erhobene pauschale Vorwurf der Unschärfe hier nicht angebracht ist.

Zum einen tritt die Sozialadäquanz nicht – wie bei Hurst – als (alleiniges) Kriterium zur Begründung eines polizeiwidrigen Zustands oder Verhaltens zutage, sondern kommt lediglich umgekehrt zum Zwecke einer Grenzziehung bezüglich des polizeilichen Aufgabenbereichs zur Anwendung – nämlich gerade dann, wenn ein verträgliches menschliches Zusammenleben eine Richtungsentscheidung des Gesetzgebers erforderlich macht, welche nicht in der Verantwortung der Polizei belassen werden kann. Zudem ist die Sozialadäquanz im Unterschied zu ihrer Berücksichtigung bei der polizeirechtli-

⁶²⁵ Vollmuth, S. 98.

⁶²⁶ so aber will offenbar Vollmuth, S. 98, verstanden werden.

chen Verantwortlichkeit etwa nicht zwingend heranzuziehen. Ist die Handlung nicht Ausdruck dauerhaft sozial gewachsenen und daher unbedenklichen Verhaltens bzw. ist eine solche gesellschaftliche Bewertung nicht feststellbar, so bleibt es bei dem Grundsatz der Maßgeblichkeit einer freien Willensentscheidung und der polizeilichen Ermessensausübung im Falle ihres Fehlens als Ausdruck staatlicher Sicherheitsgewährung. Insoweit ist auch der Warnung Denningers zu begegnen, der daran erinnert, die Polizei habe sich in allen Fragen der [...] Sittlichkeit [...] größte Zurückhaltung aufzuerlegen.⁶²⁷

⁶²⁷ Denninger in Lisken/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 4. Auflage, S. 316 Rn. 38, in Bezug auf den umstrittenen und zum Einschreiten ermächtigenden Tatbestand der Öffentlichen Ordnung.

VII. Abschnitt:

Thesenartige Ausarbeitung

I. Abschnitt:

- 1.) Der Individualschutz im Rahmen der polizeirechtlichen Generalklausel erfordert kein eigens zu prüfendes „öffentliches Interesse“ [I.3.], sondern er ist selbst Ausdruck eines Allgemeininteresses. Andernfalls liefe der Schutz des Einzelnen in den relevanten Fallgestaltungen [dazu I.4. und II.] vielfach in letzter Konsequenz bedenklich auf einen hiervon formal zu trennenden, schwer konturierbaren Schutz der Allgemeinheit selbst hinaus und erwiese sich weder als überzeugend im Hinblick auf die gefundenen Formulierungen, noch wäre er mit der staatlichen Sicherheitsaufgabe zu vereinbaren [I.3.b).]. Die im Grundsatz umfassende Gewährleistung von Sicherheit als eine Hauptlegitimation des Staates stellt hier als eigene Allgemeinwohlgröße nämlich den Ausgangspunkt staatlichen Handelns statt eine nur ausnahmsweise im Allgemeininteresse bestehende Schutzmöglichkeit dar.

- 2.) „Herzstück der staatlichen Sicherheitsgewährleistung“ (*Möstl*) sind die grundrechtlichen Schutzpflichten; maßgeblich in ihrem Sinne ist der polizeiliche Schutz des Einzelnen auszulegen [I.3.b).bb).(1) bis (3).].
Erfasst werden damit sämtliche typischen polizeilich zu schützenden Individualrechtsgüter: das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die Ehre, die Freiheit und das Vermögen [I.3.b).bb).(4).]. Eine Schutzaufgabe in diesem Sinne und damit gegebenenfalls eine Eingriffsrechtfertigung für schützendes Tätigwerden bestehen jedenfalls bei Fremdgefährdungen durch andere oder äußere Umstände. Ihre Grenzen findet sie in den allgemeinen Grundsätzen des Verhältnismäßigkeitsprinzips [I.3.b).bb).(3).].

II. Abschnitt:

- 3.) Mit „reiner Selbstgefährdung“ als dem Schwerpunkt dieser Untersuchung sind solche Fälle gemeint, in denen die unmittelbar gefährdende Handlung – wenn auch bisweilen bei wertender Betrachtung – allein oder maßgeblich von der betroffenen Person selbst gesteuert und beherrscht wird (Tatherrschaftlichkeit) *und* eine denkbare – da möglicherweise verhältnismäßige – Rechtfertigung für ein Einschreiten hiergegen allein noch im Schutz des Selbstgefährders selbst zu sehen sein könnte bzw. hierin gesucht werden soll [II.4.]. Die Behandlung einer in dieser Art verstandenen, „reinen“ Selbstgefährdung bzw. ein polizeiliches Einschreiten hiergegen auf der Grundlage eines Schutzes der betroffenen und verantwortlichen Person selbst ist durch die vorrangig beachtliche Rechtsordnung regelmäßig nicht vorgezeichnet.
- 4.) Eine Beschränkung der Freiheitsausübung des sich selbst Gefährdenden kann zugunsten der Individualrechtsgüter/Rechte Dritter [II.2.] oder bei Verletzung der öffentlichen Ordnung zugunsten eines Allgemeinwohlgutes [II.3.] verhältnismäßig auch gegen den freien Willen erfolgen; hierbei ist terminologisch allerdings nicht mehr von einer „reinen“ Selbstgefährdung im Sinne dieser Untersuchung zu sprechen [II.4.]. Eine solche liegt regelmäßig – obwohl sie wertungsgemäß vor allem im Falle des freiverantwortlichen Handelns an sich in demselben zum Ausdruck kommen kann – bei der gleichzeitigen unmittelbar steuernden Fremdgefährdung durch eine andere Person ebenfalls nicht vor. Bei wertender Betrachtung im Lichte der ordnungsrechtlichen Gefahrenverantwortlichkeit stellt sich hier bereits begrifflich zumeist eher die Frage nach einer zulässigen oder unzulässigen bzw. überhaupt untersagungsfähigen Fremdgefährdung [II.1. und II.4.].

III. Abschnitt:

- 5.) Der verfassungsrechtliche Freiheitsbegriff ist im Ausgangspunkt umfassend im Sinne einer allgemeinen Handlungsfreiheit zu verstehen [III.1.a).]. Grundrechtlich geschützt wird jede menschliche Tätigkeit, also auch eine („reine“) Selbstgefährdung des Menschen. Dieser Schutz der Freiheit ist in seinem Bestand unabhängig von hinreichender Einsichtsfähigkeit, das gilt jedenfalls für seine abwehrrechtliche Gewährleistung durch die Allgemeine Handlungsfreiheit [III.2.d).aa) und bb).]. Ob demgegenüber speziellere Grundrechte bisweilen vorrangig sind, ist unter zweierlei Voraussetzungen zu untersuchen [III.1.b) bis f).]:

Es ist erforderlich, dass der grundrechtliche Schutzbereich des in Frage kommenden spezielleren Grundrechts gerade (auch) eine ins Belieben des Grundrechtsträgers gestellte Handlungsfreiheit als positiven und negativen Gewährleistungsgehalt erfasst. Ob in der Folge tatsächlich ein spezielleres Grundrecht einschlägig und die („reine“) Selbstgefährdung hieran zu messen ist, wird man (wohl) im Einzelfall am Schwerpunkt des Verhaltens im Lichte der grundrechtlichen Schutzbereiche festmachen können und müssen.

Jedenfalls bedarf auch der Schutz des Menschen vor „reiner“ Selbstgefährdung als Grundrechtseingriff der Rechtfertigung.

- 6.) Nach hier vertretener Auffassung halten grundrechtliche Schutzpflichten als „Herzstück staatlicher Sicherheitsgewährleistung“ zugunsten der entsprechenden Individualrechtsgüter eine Schutzberechtigung zur Bewältigung der „reinen“, nicht freiverantwortlichen Selbstgefährdung bereit – ebenso wie sie auch bei sonstigen Gefahrenquellen als Eingriffsrechtfertigung maßgebend sind [III.2. sowie III.6.a).]. Einer vielfach gebräuchlichen „mündigkeitsorientierten“ Betrachtungsweise in bedenklicher Nähe zum Tatbestand des Selbstbestimmungs- und Freiheitsrechts bedarf es nicht [I-II.2.d) und III.6.a). sowie auch IV.2.a).bb).]. Als Verfassungsvorschriften geben die Schutzpflichten dem Schutz der Person im

Rahmen der polizeirechtlichen Generalklausel die entsprechenden und auch erforderlichen Konturen [III.2.e). und III.6.a).]. Für einen dem Einsichtsfähigen gegen seinen Willen aufoktroierten Schutz ausschließlich zu eigenem Nutzen ist dabei indes kein Raum – hierzu können und dürfen sie nicht nutzbar gemacht werden [I-II.2.b). sowie III.6.a).].

- 7.) Hiervon ist weder im Punkt der Menschenwürde oder des Wesensgehalts der Grundrechte, noch im „staatlichen Bereich“ und auch nicht zugunsten des Lebensschutzes systematisch eine Ausnahme zu machen [III.3 bis 5. sowie III.6.b).].

IV. Abschnitt:

- 8.) Beim Schutz des *nicht* hinreichend *Einsichtsfähigen* befinden sich im Ausgangspunkt dessen Freiheitsrechte in einer Abwägungssituation mit dem Gefahrenpotential für seine Individualrechtsgüter. Diese gilt es ebenso wie vergleichsweise auch bei der Fremdgefährdung im konkreten Einzelfall bezüglich des „Ob“ und des „Wie“ eines Einschreitens strikt verhältnismäßig aufzulösen [IV.2.a).aa)]. Differenzierungskriterium ist dabei vor allem das „soziale Gewicht“ der „rein“ selbstgefährdenden Handlung, das es jeweils bei Selbstbestimmung und Gefahr als einzelnen Abwägungsgesichtspunkten zu Gunsten des nicht Einsichtsfähigen zu berücksichtigen gilt [IV.2.a).cc).].
- 9.) Auf der einen Seite steht das freiheitliche Selbstbestimmungsrecht des sich selbst gefährdenden Individuums, dessen Gewicht zwar freilich nicht ohne Beachtung der fehlenden Einsichtsfähigkeit zu ermessen ist. Die Bedeutsamkeit einer (selbstgefährdenden) Handlung für die persönliche Selbstentfaltung gerade (auch) des nicht einsichtsfähigen Individuums kann man hier hingegen aussagekräftig nur über den Gedanken ihrer Gewichtung im Rahmen des sozi-

algemeinschaftlichen Zusammenlebens bestimmen. Ausdruck dieser Überlegung ist das Kriterium des „sozialen Gewichts“ der Handlung: Je sozialerheblicher sich diese darstellt, desto größer ist das Individualinteresse des von der Maßnahme gegebenenfalls betroffenen, nicht einsichtsfähigen Einzelnen an freiheitlicher Selbstentfaltung und Teilhabe im gesellschaftlichen Kontext [IV.2.a).cc).(1) und (2).].

Zudem besteht bei dauerhaft nicht einsichtsfähigen Erkrankten oder Behinderten unterstützend ein auf das Kriterium und die Verfassung rückführbares „öffentliches Interesse“ an einer in Relation zum Gefahrenpotential möglichst weitgehenden Integration in die gesellschaftlichen Verhältnisse [IV.2.a).cc).(2) und (3).].

- 10.) Je größer sich auf der anderen Seite das Gefahrenpotential des „rein“ selbstgefährdenden Verhaltens darstellt, desto eher wird ein Schutz des Einzelnen nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit zulässig sein. „Reine“ Selbstgefährdungen sind typischerweise zu Lasten der geschützten Individualrechtsgüter „Leben, Gesundheit, Vermögen“ oder bisweilen gar der „Ehre“ denkbar. Vom ebenfalls schützenswerten und geschützten Individualrechtsgut der „Freiheit“ eines Menschen sind zwar neben der Freiheit der Person im Sinne körperlicher Bewegungsfreiheit auch Handlungsfreiheiten wie etwa die Meinungs- oder Glaubens- und Gewissensfreiheit erfasst. Soweit diese im Sinne eines gleichermaßen positiv wie negativ nutzbaren freiheitlichen Ausübungs- und Gestaltungsraums verstanden werden können, ist ihre „reine“ Selbstgefährdung durch den nicht hinreichend Einsichtsfähigen im Sinne einer tatsächlichen *Selbstgefährdung* dieses Freiheitsraums jedoch kaum wahrhaftig vorstellbar [IV.2.a).bb)].

Das „soziale Gewicht“ der Handlung kann sich auch in diesem Punkt auswirken. So wird häufig das Gefahrenpotential der Situation infolge einer die Sachlage entschärfenden Beteiligung Dritter am sozialerheblichen Verhalten geringer einzuschätzen sein, wenn zu erwarten steht, dass letztere sprichwörtlich „ein Auge“ auf den

nicht hinreichend Einsichtsfähigen haben werden und sich ein (polizeiliches) Eingreifen deshalb als unverhältnismäßig darstellen würde [IV.2.a).cc).(4).].

- 11.) Beim Schutz nicht hinreichend einsichtsfähiger *Minderjähriger* besteht insoweit eine Besonderheit, als dass auch bzw. „zuvörderst“ das Erziehungsrecht der Eltern in seiner Funktion als Abwehrrecht Beachtung beanspruchen kann. Staatliches Einschreiten gegen eine „reine“ Selbstgefährdung des Minderjährigen kommt hier lediglich in Frage, wenn entweder der Staat die Erziehung der Eltern nicht beschränkt, sondern vielmehr unterstützt oder aber wenn die Eltern ihren erzieherischen Pflichten nicht nachkommen und dem Kind in der Folge erhebliche Schäden drohen.

Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, wird neben einem Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen oder Kindes gleichermaßen auch ein nicht verhältnismäßig zu rechtfertigender Eingriff in das Erziehungsrecht der Eltern gegeben sein. Der Wille der Eltern und deren zu beachtendes Erziehungsrecht führen dann dazu, dass staatliches Einschreiten rechtswidrig wäre und daher zu unterbleiben hat.

Liegen die genannten Voraussetzungen jedoch vor, so muss sich ein Schutz des Kindes oder Jugendlichen auch im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht des Adressaten nach den obigen Gesichtspunkten als verhältnismäßig erweisen [IV.2.a).ee).].

V. Abschnitt:

- 12.) Auf *polizeirechtlicher Ebene* finden die staatliche Gewährleistung öffentlicher Sicherheit und in diesem Kontext auch ein Schutz gegen die „reine“ Selbstgefährdung von Individualrechtsgütern auf der Grundlage gesetzlicher Spezialmaterien oder bisweilen auch der Standardmaßnahmen und subsidiär auf der Grundlage der Ge-

neralklausel statt. Jeweils gilt es Gehalt und Grenzen anhand verfassungsrechtlicher Maßstäbe zu messen und zu ermitteln [V.1.].

- 13.) Im Rahmen der Generalklausel oder der diese variierenden und präzisierenden gesetzlichen Spezialmaterien liegt dabei eine Gefahr für die Individualrechtsgüter des Einzelnen im Falle einer „reinen“ Selbstgefährdung nur vor, wenn eine entsprechende Schutzpflicht besteht [V.1.a). und V.1.b).aa).].

Auch im Bereich der Standardmaßnahmen kann bisweilen ein Schutz vor Selbstgefährdung erfolgen. Einige sind hierauf sogar im Wesentlichen ausgerichtet. Bei dem in dieser Hinsicht zentralen, sogenannten „Schutzgewahrsam“ etwa setzt der Tatbestand die „Hilflosigkeit“ der betreffenden Person voraus. Handelt es sich im konkreten Fall um eine „reine“ Selbstgefährdung und steht ein „aufgedrängter“ Schutz hiergegen zur Disposition, so ist Voraussetzung auch hierfür kraft verfassungsrechtlicher Determination stets die mangelnde Freiverantwortlichkeit bzw. Einsichtsfähigkeit des Handelnden, da im Übrigen keine grundrechtliche Schutzpflicht und somit schon im Grundsatz keine Schutzberechtigung besteht [V.1.b).bb).].

Der Ausgleich zwischen Selbstbestimmung und Schutz findet in der Folge innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung bzw. auf der Ebene des nach dem Opportunitätsprinzip typischerweise eingeräumten Ermessens statt [V.1.a). und V.1.b).cc).].

- 14.) Da die verbreitet bestehende polizeiliche Befugnis zur Ingewahrsamnahme minderjähriger „Ausreißer“ den Schutzzweck zu Gunsten des Sorgerechts der Eltern, Adoptiv- oder Pflegeeltern – nur diese „Sorgeberechtigten“ sind aus verfassungsrechtlicher Perspektive von der Vorschrift erfasst – verfolgt und somit einer tatsächlichen Gefahr für Individualrechtsgüter des Minderjährigen gleichsam bereits „vorgelagert“ ist, kann sie die Behandlung einer „reinen“ Selbstgefährdung des Minderjährigen entgegen erstem Anschein nicht zum Gegenstand haben. Schutzgegenstand ist viel-

mehr die „sichere“ Wahrnehmung der elterlichen Erziehung nach Maßgabe der entsprechenden grundrechtlichen Schutzpflicht, ohne dass es einer tatsächlich bestehenden Gefahrensituation für den Minderjährigen bedürfte [V.1.b).bb).(2).].

VI. Abschnitt:

- 15.) Nach allgemeinen Kriterien muss die Grenze polizeilichen Vorgehens von vorneherein dort gezogen werden, wo spezielle Befugnisse – seien es gesetzliche Spezialmaterien oder Standardmaßnahmen – existieren, die in der Auslegung zum einen die konkrete Situation nicht erfassen und sich zum anderen darüber hinaus als abschließend erweisen. Ein Rückgriff auf die Generalklausel scheidet in diesem Falle aus [VI.2.].
- 16.) Ein Rückgriff auf die Generalklausel kann ebenfalls nach den Kriterien der sogenannten „Wesentlichkeitstheorie“ ausscheiden, soweit die Situation notwendig einer klarstellenden normativen – oder zumindest zur näheren Ausgestaltung normativ an die Fachbehörden delegierten – Grenzziehung bedarf und dies bislang nicht erfolgt ist. In entsprechenden (Grenz-) Bereichen bleibt es dann beim im Grunde umfassenden Freiheitsverständnis des Grundgesetzes, das allein durch den Individualrechtsgüterschutz im Rahmen der umfassenden, Sicherheit gewährenden Generalklausel nicht durchbrochen werden kann [VI.3.].
- 17.) Jedenfalls eine äußerste Grenze exekutiver Zuständigkeit stellen im Rahmen der polizeirechtlichen Generalklausel die sozialen Anschauungen unter gewaltenteilungsrechtlichen Gesichtspunkten dann dar, wenn das Verhalten in Anbetracht der *konkreten Situation dauerhaft* im gesellschaftlichen Leben angelegt und *unzweifelhaft* akzeptiert ist und bislang keine gesetzgeberische Stellungnahme vorliegt oder ableitbar wäre. In diesem Fall muss eine im

Auge des Gesetzgebers erfolgte Verdichtung zu einer „sozialen Adäquanz“ polizeilicherseits vermutet werden, deren Konterkarierung ob der „Wesentlichkeit“ der Situation einer legislativen Richtungsentscheidung bedarf [VI.4.].